مقدمة:

قرر المشرع جزاءات متعددة لمخالفة القواعد الإجرائية سواء لعدم اتخاذ الإجراءات المطلوبة أو لمخالفة الشكل اللازم فيها أو المواعيد المنظمة لها, ذلك أن القاعدة القانونية الإجرائية تتصف بالتجرد والإلزام وتقترن بجزاء, ومن هذه الجزاءات الإجرائية البطلان, السقوط, الانعدام, عدم الاختصاص وعدم قبول الدعوى.

والسياسة التشريعية التي تضبط قواعد الجزاءات الإجرائية ترتكز على فكرتين أساسيتين, أولهما أوامر القانون ونواهيه لا تكون مكفولة الإحترام إلا إذا اقترنت بجزاء مناسب, وثانيهما أن ترتيب الجزاء على كل مخالفة إجرائية يؤدي إلى كثرة إضاعة الحقوق, ومن ثم تعين البحث عن نقطة التوازن بين هذين المصلحتين المتعارضتين, وهو الأمر الذي يسعى إليه سعيا حثيثا كل من الفقه والقضاء من أجل دفع المشرع نحو إضفاء على القواعد الإجرائية ما يلزمها من الصرامة التي تحقق المصلحة العامة والمرونة اللازمة التي تحقق للأفراد ما يبتغونه من حماية لمصالحهم الخاصة.

والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات متنوع ومتعدد ويختلف باختلاف النظام القانوني الذي يعمل فيه, فهناك جزاءات ذات طابع عام كبطلان الإجراء وسقوط الحق في اتخاذه وهناك جزاءات ذات طابع خاص كسقوط الخصومة وتقادمها.

ومهما اختلفت طبيعة هذه الجزاءات, فإنها تتفق في النهاية في عدم ترتيب الآثار التي كان من الممكن أن يرتبها الإجراء لو كان مطابقا لنموذجه.

وموضوع بطلان الإجراءات المدنية, محل الدراسة في هذه المذكرة, لا يقتصر على أوراق المحضرين, بل يتعداه إلى إجراءات نظر الدعوى, سواء باشرها الخصم أو باشرها القاضي, كما يشمل الحكم من حيث إصداره والتوقيع عليه وإيداع مسودته وما اشتمل عليه من بيانات.

وهذه دراسة نظرية تطبيقية وذلك بإجراء مقارنة فقهية قضائية مع ما يقابلها من نصوص تشريعية وتحليلها للوقوف على البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام و البطلان النسبي المتعلق بالمصلحة الخاصة, ثم نتعرض للتمسك بالبطلان والتنازل عنه وتصحيحه وسلطة القاضي في الحكم بشأنه و الآثار المترتبة عليه.

على ضوء كل هذه المسائل القانونية, ارتأينا أن ننتهج الخطة التالية لمعالجة هذا الموضوع, كما يلي:

تتكون الخصومة القضائية من عدة إجراءات قانونية تهدف إلى خلق الخصومة كعمل قانوني مجرد بصرف النظر عن توافر الحق المدعي به من عدمه.

والأعمال القانونية المكونة للخصومة هي أعمال إجرائية قد يقوم بها القاضي أو الخصوم أو أحد أعوان القضاء أو الغير.

ودراسة الأعمال الإجرائية التي تهدف إلى خلق الخصومة وتسييرها وإنهائها والعيوب التي ترد عليها تتطلب كمدخل بيان ماهية العمل الإجرائي في مبحث أول, ثم جزاء تعيب العمل الإجرائي في مبحث ثان.

المبحث الأول: التعريف بالعمل الإجرائي

لمعرفة العمل الإجرائي الذي يسعى إلى خلق الخصومة أو تسييرها أو إنهائها يتعين التصدي للتعريف بالعمل الإجرائي في مطلب أول, ثم بيان عناصره المكونة له في مطلب ثان.

المطلب الأول: التعريف بالعمل الإجرائي وخصائصه

الفرع الأول: التعريف بالعمل الإجرائي.

المقصود بالعمل الإجرائي, "هو ذلك العمل القانوني الذي يباشره أحد أطراف الخصومة القضائية من أجل ترتيب أثر قانوني معين في الدعوى"[1].

هذا التعريف و إن كان ينصرف كما يبدو إلى الأعمال الإجرائية التي يباشرها كل من المدعي والمدعي عليه باعتبارهما أطراف الخصومة, فإن نطاق المساهمة في إجراءات الخصومة يتسع ليشمل القاضي والمحضر والغير من خبراء وشهود, لذلك نفضل أن يكون التعريف كما يلي:

"العمل الإجرائي هو ذلك العمل القانوني الذي يباشره كل شخص يشارك في إجراءات الخصومة القضائية من أجل ترتيب أثر قانوني معين في الدعوى".

ويتحدد هذا الأثر القانوني بحسب دور كل شخص في الخصومة, فالمدعي عندما يسجل عريضة الافتتاحية, فإنه يرمي إلى ترتيب أثر قانوني يتمثل في عرض النزاع على القضاء من أجل حماية مصلحة خاصة له, والمدعى عليه عندما يبدي دفوعه فإنه يرمي إلى

[1] - الدكتور المستشار عبد الحكم فودة, البطلان في قانون المرافعات المدنية و التجارية, ص 09, ط (2) سنة 1993 عن دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .

ترتيب أثر قانوني يتمثل في نفي طلبات المدعي, والقاضي عندما يطبق القانون على وقائع الدعوى ويصدر حكمه يأتي عملا قانونيا بصدد خصومة قضائية بغية ترتيب أثر قانوني معين, هو الفصل في النزاع القائم. كذلك الحال بالنسبة للمحضر القضائي عندما يعلن العريضة الافتتاحية للدعوى إلى الخصم, إنما يباشر عملا إجرائيا بهدف خلق الخصومة القضائية, وهي الأثر القانوني المباشر لهذا الإجراء.

الفرع الثاني:خصائص العمل الإجرائي

من خلال هذا التعريف يتعين أن يتوافر في العمل الإجرائي الخصائص الآتية :

1- أنَه عمل يأتيه أي شخص له علاقة بإجراءات الدعوى من أطراف الخصومة ذاتها أو ممن يمثلهم أوالقاضي أو المحضرأو الخبير أوالشهود, أي كل شخص يشارك في إجراءات الخصومة, أما الموثق فيخرج عن هذه الدائرة لكونه لا يشارك في الإجراءات.

2- يجب أن يكون العمل المطلوب عملا قانونيا, وليس عمل من الأعمال المادية فحضور الخصم أما القضاء, عمل مادي, بينما عريضة إدخال خصم جديد في الدعوى عمل إجرائي, وإعلان الخصوم بقرار إعادة الدعوى للمرافعة عمل إجرائي.

3- يجب أن يترتب على العمل القانوني آثار إجرائية مباشرة, سواء تمثلت في انعقاد الخصومة أو السير فيها أو تعديلها أو وقفها أو تجديدها أو إنهائها.

4- أن يكون العمل الإجرائي جزء من الخصومة, كإعلان الخصم بعريضة الدعوى, أما الإنذار الموجه للخصم قبل اللجوء إلى القضاء, فلا يعتبر عملا إجرائيا لقيامه قبل انعقاد الخصومة القضائية[2].

المطلب الثاني: عناصر العمل الإجرائي

على ضوء تعريف العمل الإجرائي يمكن استنباط العناصر المكونة له, و المتمثلة في الشكل والموضوع و يضيف لها بعض الفقه, عنصر الظرف الذي ينجز فيه العمل الإجرائي, وإن كان البعض الآخر يدرجه في الشكل.

هاته العناصر التي سنتعرض لها في الفروع التالية:

الفرع الأول: شكل العمل الإجرائي

2- خلافا لما يراه الدكتور رمزي سيف في مؤلفة, قانون المرافقا المدنية و التجارية ط 1963 ص 479 نقلا عن المرجع السابق, ص 10.

الشكلية هي السمة المميزة لقانون المرافعات عن باقي فروع القانون الموضوعي, وأوضح ما تكون في الأعمال الإجرائية, ومن ثم فالأصل في العمل الإجرائي أن يتم وفق نمط معين كفله القانون, فلا يجوز للشخص المباشر للإجراء أن يجريه وفق نمط مغاير, فإن كان كذلك فهو باطل قانونا[3].

والشكلية بهذا المعنى يفرضها المشرع لصالح العمل الإجرائي ذاته, لما ينطوي عليه الشكل من تحقيق المساواة في الحقوق الإجرائية للخصوم وتمكين القاضي من إعمال سلطته في تتبع صحة الإجراءات.

ويقصد بالشكل, فضلا عن معناه الدقيق, أي البيانات اللازمة في الإجراء أو الصيغة اللازمة لتحريره بها, المعنى الواسع له الذي يشمل جميع العناصر المطلوبة قانونا لصحة الإجراء والاعتداد به وآثاره. ويقصد بها الأوضاع التي تجب في الشخص القائم بالعمل ومكان العمل وزمانه[4].

وتبعا لذلك يقسم الشكل إلى مظهر خارجي للعمل الإجرائي وهو ما يعرف بالنموذج القانوني وإلى ظرف العمل الإجرائي سواء كان ظرفا شخصيا أو مكانيا أو زمانيا.

ويتمثل المظهر الخارجي للعمل الإجرائي في تلك البيانات بالنسبة للعريضة الافتتاحية للدعوى وورقة الإعلان إلى الخصم والأسباب بالنسبة للحكم وتوقيع القاضي عليه, فالشكل هنا يتحدد مع النشاط الإجرائي ويصبح جزءا منه, فلا يصح الإجراء إلا إذا أفرغ في القالب الذي تطلبه المشرع.

وإن تم شكل الإجراء ناقصا لأحد البيانات المشترطة فيه, فلا يجوز تكملة ذلك بمحرر آخر مستقل عن المحرر الأصلي, إلا إذا كان المحرر المنفصل معان كملحق مع الأصل المشتمل على البيان الناقص, فإذا لم تتضمن ورقة إعلان الحكم الغيابي أو الحضوري تاريخ الإعلان, فلا يجوز إجراء تحقيق لإثبات تمام الإعلان في يوم محدد بل لا يجوز الإقرار في ذلك, لأن إغفال المحضر لهذا البيان يعني مخالفة الشكل الذي تطلبه القانون,[5]وهو ما يعبر عن إرادة المشرع في ضبط مواعيد الطعن, و التي هي مسألة تتعلق بحسن سير مرفق القضاء, ومن ثم فهي تخرج عن إرادة الخصوم.

الفرع الثاني: ظرف العمل الإجرائي

---

[3]- الدكتور المستشار عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 11 .
[4]- الدكتورة امينة مصطفى النمر , الدعوى وإجراءاتها, ط 1990, ص 415, عن دار الكتاب الحديث.
[5] - الدكتور المتشار عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 11.

بالإضافة للنموذج الذي يفرغ فيه العمل الإجرائي, تتجسد الشكلية في ظروف خارجية يجب أن يتم العمل فيه, سواء كان زمانا أو مكانا معينين أو شخص معين, بحيث يجب مراعاة هذه الظروف و إلا وقع الإجراء تحت طائلة البطلان.

فالشخص الذي يباشر الإجراء يجب أن يكون أهلا لذلك بحكم الوظيفة, كالقاضي في إصدار الأحكام والمحضر في تبليغ أوراق الدعوى أو بحكم الصفة كالولي أو الوصي في تمثيل القاصر أمام القضاء.

وقد يتطلب المشرع إثبات الإجراء في زمن معين, كاحترام الفترة الزمنية الصالحة لتبليغ وتنفيذ الإعلانات والأحكام حسبما تقضي به المادة 463 ق أم أو أن يتم الإجراء داخل ميعاد محدد كميعاد المعارضة أو الاستئناف طبقا للمادتين 98 و102 من ق أم.

ومن مظاهر الشكلية في العمل الإجرائي المكان الذي يجب أن يتم فيه, فأحيانا يشترط اتخاذ الإجراء في مكان معين ويرتب المشرع على مخالفة هذا الشكل البطلان, كإعلان أوراق المحضرين إذا أوجب المشرع تسليم الأوراق المطلوب إعلان الخصم بها إما لشخصه أو في موطنه أو في محله المختار طبقا للمادة23 ق أم وكذلك النطق بالأحكام التي يجب أن تتم في جلسة علنية طبقا للمادة 38 ق أم وتحرير محضر الحجز والمعاينة الذي يجب أن يتم في مكان توقيعهما.

الفرع الثالث: موضوع العمل الإجرائي

الأعمال الإجرائية متعددة ومتنوعة, وتؤدي مباشرتها, إما إلى بدء الخصومة أو السيرفيها أو تعديلها أو وقفها أو إنهائها, وقد يقوم بها القاضي أو المحضر أو كاتب الجلسة, استنادا إلى سلطات قضائية أو ولائية أو إدارية ,وقد يقوم بها الخصوم سواء كانوا أصليين أو مدخلين أو متدخلين, وقد يقوم بها غير هؤلاء كالخبراء والشهود والمترجمين.

والأعمال الإجرائية إما أن تتعلق بخصومة عادية, سواء كانت أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة طعن, وإما أن تتعلق بخصومة من نوع خاص كمخاصمة القضاة, أوخصومة الرد أوخصومة التحكيم أوخصومة التنفيذ,وهناك من الإجراءات ما لا يتعلق بخصومة قضائية لعدم المواجهة بين الخصوم, كإجراء استصدار الأوامر على العرائض وإجراءات استصدار أوامر الأداء[6].

وفي دراستنا لبطلان الأعمال الإجرائية سنركز أساسا على الأعمال الإجرائية المتعلقة بالخصومة العادية.

---

[6]- الدكتور المستشار عبد الحكم فودة, نفس المرجع, ص 15.

المبحث الثاني: جزاء تخلف أحد عناصر العمل الإجرائي

نتناول في هذا المبحث الى البطلان كجزاء تخلف أحد عناصر العمل الإجرائي أو كما يسمى أيضا بجزاء تعيب العمل الإجرائي ,ثم تمييزه عن البطلان الموضوعي في القانون المدني وبعض الأنظمة المشابهة له في قانون المرافعات , كالانعدام والسقوط وعدم قبول الدعوى.

المطلب الأول: جزاء البطلان وتمييزه عما شابهه من جزاءات

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف البطلان والمذاهب المنتهجة بصدده في مختلف الشرائع, ثم نعمد إلى إجراء مقارنة بينه وبين الجزاءات الإجرائية المشابهة له بعد أن نميزه عن البطلان الموضوعي في القانون المدني.

الفرع الأول: جزاء البطلان وأنواعه

الفقرة الأولى: تعريف البطلان الإجرائي وتمييزه عن البطلان الموضوعي.

يقصد بالبطلان لغة , الفساد وسقوط الحكم ,فالعمل الباطل, عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة.

أما قانونا فله نفس المعنى, فهو جزاء يرتبه المشرع أو تقضي به المحكمة بغير نص إذ افتقر العمل القانوني أحد الشروط الشكلية أو الموضوعية المطلوبة لصحته قانونا. ويؤدي هذا الجزاء إلى عدم فعالية العمل القانوني, وافتقاده لقيمته القانونية المفترضة في صحته[7].

كما عرف بأنه وصف يلحق بالعمل القانوني ويمنع – لوجود عيب في هذا العمل – من ترتيب الآثار التي تترتب أصلا على مثل هذا العمل [8].

ويجدر بنا في هذا المقام أن نفرق بين البطلان الإجرائي والبطلان الموضوعي الذي وردت أحكامه في الشريعة العامة, كما يلي:

- البطلان الإجرائي يرد على أعمال إجرائية يأتيها كل شخص يشارك في إجراءات الخصومة دون أن يتوقف نفاذها على إرادة الأطراف الأخرى, على خلاف البطلان الموضوعي الذي يرد على تصرفات قانونية والتي لا تكون نافذة في مواجهة الغير سواء كان طرفا في العقد أو الشخص المستفيد من التصرف إلا بموافقتهم.

---

[7]- الدكتور عبد الحميد الشواربي, رئيس محكمة, البطلان المدني الإجرائي والموضوعي, ص 11 ط- 1991 عن دار الكتاب الحديث, الناشر, منشأة المعارف بالإسكندرية.

[8]- الدكتور إبراهيم نجيب سعد , القانون القضائي الخاص, الجزء الأول , ص 732 ط 1974- عن مطبعة الأطلس المصرية.

- يبدى التمسك بالبطلان الموضوعي على صورة طلب عارض بينما يبدى التمسك بالبطلان الإجرائي على صورة دفع شكلي, ومن ثم فيجوز إثارة الطلب العارض في أية حالة كانت عليها الدعوى ما لم يتم قفل باب المرافعة وما لم يكن طلب جديد أمام جهة الاستئناف (م/ 107 من ق أ م) بينما الدفع الشكلي فلا يجوز إثارته بعد الخوض في الموضوع أو بالرد على الإجراء المعيب بما يفيد اعتباره صحيحا(م / 462 ق1 ق أ م).

- الضرر المعتبر في البطلان الإجرائي هو ضرر يمس بحقوق إجرائية في الخصومة كحق الدفاع, المواجهة, مراعاة المواعيد في الطعون وفي تحضير الدفاع وأوقات الإعلانات, والتنفيذ, بينما الضرر المعتبر في البطلان الموضوعي هو ضرر يمس بحقوق موضوعية مرتبطة بمصلحة خاصة, هي محل التصرف القانوني.

- يتفق البطلان الموضوعي والبطلان الإجرائي في إقرار حق التمسك بالبطلان النسبي المتعلق بالمصلحة الخاصة لكل طرف لحقه ضرر ما لم يكن الشخص المتضرر قد تسبب بخطئه في إحداث الضرر أو كان واقعا بفعل غش منه, كما يجوز التمسك بالبطلان المطلق المتعلق بمصلحة عامة في البطلان الإجرائي أو في البطلان الموضوعي من قبل أي طرف في الدعوى, بل يتعين إثارته تلقائيا من قبل القاضي.

- البطلان الموضوعي المطلق في القانون المدني بمثابة البطلان المتعلق بالنظام العام في قانون الإجراءات المدنية, فالأول لا تلحقه الإجازة (م/ 102 ق أ م), والثاني لا يمكن تصحيحه(م/ 462ف3 ق أ م) على خلاف ما هو مقرر في القانون المصري والفرنسي كما سنوضحه لاحقا, غير أن مفهوم التصحيح يختلف عن مفهوم الإجازة, ذلك أن التصحيح يعني إعادة الإجراء على الوجه الصحيح مع تلافي العيب, بينما الإجازة تعني الموافقة على قبول التصرف كماهو بما شمله من عيب.

- يمكن تطبيق أحكام القانون المدني فيما يتعلق بانتقاص التصرف وتحوله على العمل الإجرائي طالما لا يوجد ما يعارض ذلك في قواعد قانون الإجراءات المدنية, غير أن الانتقاص في البطلان الموضوعي يشترط لصحته اتفاق الأطراف المتعاقدة في اختيار التصرف الذي توافرت شروطه, أما في البطلان الإجرائي فلا يشترط هذا الاتفاق ,لأن الأعمال الإجرائية هي أعمال يأتيها أحد الأشخاص المشاركين في إجراءات الخصومة بإرادته المنفردة ودونما اعتبار لإرادة الأطراف الأخرى.

الفقرة الثانية: أنواع البطلان الإجرائي.

قبل التطرق إلى الاشكاليات التي يثيرها البطلان يجدر بنا حصر أنواعه, إذ ينقسم البطلان الإجرائي إلى بطلان يتعلق بالنظام العام ويسمى بالبطلان المطلق أو الوجوبي وبطلان نسبي ويسمى كذلك بالبطلان الجوازي.

وأساس التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي يرجع إلى نوع المصلحة التي يرمي إلى حمايتها المشرع, فإذا كانت المصلحة عامة, كان البطلان متعلق بالنظام العام, وهي كل الحالات التي تتعلق بحسن سير مرفق القضاء, كتشكيل المحكمة وعلنية الجلسات وتمكين الأطراف من حق الدفاع وصحة ممثليهم, أما إذا كانت المصلحة خاصة فالبطلان نسبي, وهي كل الحالات المتعلقة بإجراءات الدعوى, بدءا من إجراءات إعلان الخصم بالدعوى وحضوره بالجلسة المقررة إلى إجراءات السير فيها وما يتخللها من عوارض أثناء السير كالانقطاع والوقف ثم إعادة السير فيها وانتهاءا إلى الفصل فيها, فيمكن للخصم المتضرر من هذه الأعمال الإجرائية أن يبدي دفعا ببطلانها, إذا ما ارتأى له وجه من أوجه البطلان, غاية ما في الأمر أن لا يكون صاحب الدفع متسبب في العيب الإجرائي أو كان واقعا بفعل غش منه.

غير أن مسألة التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق على أساس نوع المصلحة المحمية بصدد كل عمل إجرائي, ليست بهذه السهولة النظرية, ذلك أن معيار المصلحة العامة, المتعلقة بفكرة النظام العام معيار نسبي نظرا لنسبية فكرة النظام العام في حد ذاتها, وعدم إمكانية حصر كل حالاته من قبل المشرع, لذا لجأت بعض التشريعات إلى منح القاضي سلطة تقديرية في استخلاص الأعمال الإجرائية المتعلقة بالنظام العام في غير تلك الحالات المنصوص عليها صراحة.

والإشكالية التي تثار بشأن العمل الإجرائي, تتمثل في تحديد المخالفة الإجرائية التي تؤدي إلى البطلان, فهل هي كل مخالفة إجرائية وإن كانت تافهة تؤدي إلى البطلان؟

إن القول بذلك يؤدي إلى المبالغة في ترتيب جزاء البطلان, وهو ما يخالف السياسة التشريعية المتوخاة من القانون المرافعات الذي هو وسيلة لخدمة القواعد الموضوعية, وبالتالي فلا يجوز المبالغة في إعمال جزاء البطلان مع ما في ذلك من نقص النظر المؤدي إلى انعدام الفعالية, كما قد يدفع بالأفراد إلى العمل خارج الإطار القانوني[9].

ثم هل أن البطلان, إجراء استثنائي لا يلجأ إليه القاضي إلا في الحالات التي يحددها المشرع ؟ أم تترك سلطة تقدير الأمر إلى القاضي الذي يفحص كل حالة على حدى؟

إن الإجابة على كل هذه الأسئلة تقتضي منا التعرض إلى التطور التاريخي للتشريعات المقارنة في معالجتها لنظرية بطلان الأعمال الإجرائية, وهو ما سنتناوله في الفرع التالي:

---

[9]- الأستاذ عمر زودة, المستشار بالمحكمة العليا, دروس في موضوع بطلان العمل الإجرائي, مأخوذة من المحاضرات التي ألقيت على الطلبة القضاة في سنة 2003.

تدرجت التشريعات المقارنة بدءا من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة في بلورة نظرية كاملة لبطلان الأعمال الإجرائية, بحيث تطورت هذه النظرية من التشدد في اقرار جزاء البطلان لأتفه المخالفات إلى المرونة التي تجعل من الأعمال الإجرائية وسيلة لتلبية احتياجات المتقاضين من مرفق القضاء, لا غاية في حد ذاتها, وهو ما سنتطرق إليه كما يلي:

الفقرة الأولى: نظام البطلان في القانون الروماني.

امتاز هذا النظام الذي عرف بعهد دعاوي القانون بتشدده ومغالاته في الإلتزام بالشكلية في الإجراءات المتبعة أمام القضاء, بحيث أخضعتها لجملة معقدة من القيود المتمثلة في صيغ وعبارات وطقوس معينة, لدرجة أنها أصبحت غاية لابد منها, فأهدرت حقوق الكثير من المتقاضين بسبب جهلهم لهذه الأشكال الجامدة[10], الأمر الذي جعلهم يفضلون توكيل أشخاص لهم دراية بهذه الأشكال يقومون مقامهم أمام القضاء.

الفقرة الثانية: نظام البطلان في القانون الفرنسي القديم و الجديد.

لم يستقر المشرع الفرنسي عند مبدأ واحد يسير عليه ويعتمده كمعيار في إعمال جزاء البطلان الإجرائي, بحيث ابتدأ بفكرة اعتبار البطلان مجرد وسيلة تهديدية يلوح بها القاضي في وجه الخصوم حتى يفرض عليهم احترام الإجراءات الواجبة الإتباع في الدعوى. وبذلك منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالبطلان بحسب ظروف كل دعوى.

ولا شك في أن هذا النهج يفتح المجال واسعا أمام القضاة بتحكمهم في مصير الدعاوى بما يؤثر سلبا على الحقوق الموضوعية خاصة في غياب معيار واضح المعالم يرجع إليه عند الالتباس, لذلك اعتمد المشرع الفرنسي في مرحلة ثانية مبدأ " لا بطلان بغير نص", وذلك بنزع صلاحية تقرير البطلان من القاضي ومنحها للمشرع الذي حدد الحالات التي على القاضي أن يحكم وفقها بالبطلان, وهو ما كرسته (م/1030) من قانون الإجراءات الفرنسي بعد صدوره لأول مرة في الأمر الصادر في 1667.

غير أن هذا المبدأ الأخير الذي اعتمده المشرع الفرنسي لم يحل المشكلة, لأنه يفرض على المشرع أن يحصر جميع المخالفات المؤدية إلى البطلان, وهو أمر عسير, كما انه قد يفضي إلى نتائج عكسية, وذلك بتعطيل سلطة القاضي كلية في تقدير جسامة المخالفة حسب ظروف كل دعوى, مما قد يرتب البطلان لأتفه المخالفات أو لمجرد تمسك الخصم بالبطلان

---

[10]- الدكتور إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 733 .

لا لسبب إلا لكون المخالفة نص عليها المشرع وإن كان المتمسك سيئ النية ودون أن تكون له مصلحة من وراء الدفع البطلان سوى تعطيل الإجراءات إضرارا بالخصم الآخر.

وأمام قصور المشرع في حصر جميع المخالفات الإجرائية المفضية إلى البطلان والسلبيات المتولدة عن ذلك, لجأ الفقه والقضاء الفرنسيان إلى توسيع دائرة البطلان, وذلك بعدم الاكتفاء بالبطلان الذي جاء النص عليه صريحا, وإنما اعتبر حتى تلك النصوص التي جاءت بصيغة النهي أو النفي, كعبارة "لا يجوز" أو "لا يقبل" أو "لا يصح" مرتبة لجزاء البطلان – مع ما في هذا التأويل من تحميل النصوص أكثر مما تطيق- ثم عمدوا إلى تفسير آخر لإعمال جزاء البطلان وذلك بقولهم أن المخالفة الجوهرية لا تحتاج إلى نص صريح بالبطلان على خلاف المخالفات الثانوية, فلا يحكم ببطلانها إلا إذا وجد نص صريح يقضي بذلك, لأن هذه الحالات مشكوك فيها, حيث أن إرادة المشرع غير واضحة ولا تظهر هذه الإرادة بوضوح إلا بنص صريح[11].

إلا أن تطبيق هذا التفسير الأخير ينطوي على صعوبات جمة, فكيف للقاضي أن يميز بين الأشكال الجوهرية من غيرها؟.

ونظرا لهذا المأزق التشريعي في إعمال جزاء البطلان, فقد تعمد كل من الفقه والقضاء الخروج على مبدأ "لا بطلان بغير نص" بسبب جموده واشترطوا تحقيق ضرر بمصلحة الخصم من مخالفة الشكل[12] .

وإزاء ذلك أدخل المشرع الفرنسي في سنتي 1933 و1935 تعديلا جوهريا في المادة 173 فقرة (1) بنصه على أن " أي بطلان لأوراق المحضرين أو لعمل إجرائي لا يمكن تقريره إلى إذا ثبت أنه يضر بمصالح الخصم الآخر"[13].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد انتهى إلى تبني مبدأ " لا بطلان بغير ضرر" وهذا المبدأ يجعل الحكم بالبطلان رهنا بوقوع ضرر للخصم المتمسك به, فلا يكف عندئذ نص يقرر البطلان وإنما يشترط بجانب ذلك توافر ضرر بمصلحة الخصم المتمسك بهذه المخالفة.

الفقرة الثالثة: نظام البطلان في القانون المصري

أخذ المشرع المصري بمبدأ " لابطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء" وهو المبدأ الذي أفصحت عنه المادة 20 من قانون المرافعات مصري الصادر في سنة 1968, متبعا في ذلك التشريع الإيطالي (م/156 من ق.أم الإيطالي) إذ نصت (م / 20)على : " يكون

---

[11]- جابيوا, نقلا عن الدكتور إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 736.

[12]- فتحي والي, نظرية البطلان ص 246 وما يليها, نقلا عن الدكتور إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 739 .

[13]- الدكتور إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 739.

الإجراء باطلا إذ نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء, ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء".

من خلال نص (م/20) هذه, يتضح بجلاء مذهب التشريع المصري في تبني معيار الغاية التشريعية من فرض العمل الإجرائي, كمعيار للبطلان , فإن تخلفت هذه الغاية كان العمل الإجرائي معيبا يؤدي التمسك به من قبل الخصم المتضرر بفعل هذا العيب إلى البطلان.

والغاية المقصودة هنا هي الغاية الموضوعية لا غاية الشخصية. وهي تلك المصلحة التي ابتغاها المشرع من العمل الإجرائي, وفي الشكل الذي يستلزمه بشأنه حتى ينتج العمل آثاره القانونية [14].

وحيث أن تحقق هذه الغاية من عدمها هو عمل منوط بالقاضي الذي يتعين عليه أن يحل محل المشرع, وذلك باستخلاصها من ظروف الدعوى وما طرأ على إجراءاتها من عيوب ألحقت بإحدى الخصوم أضرارا إجرائية, وهذه مسائل واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتسبيب, إذ يتعين أن يكون سائغا, يمكن حمل النتيجة عليه, له سنده من أوراق الدعوى.

ويرى الدكتوران رمزي سيف وأبو الوفا, أنه سواء كان البطلان متعلق بالنظام العام أو غير متعلق به وسواء كان منصوص عليه أم لا, فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به إذا تحققت الغاية من الإجراء, وكل ما هنالك هو أنَه في حالة النص على البطلان فإن ذلك يعفي المتمسك به من إثبات عدم تحقق الغاية من الإجراء[15].

ويجوز للخصم الآخر أن ينقض البطلان إذا قدم للمحكمة الدليل على أن الإجراء وإن كان وقع باطلا إلا أنَه حقَق الغاية التي ابتغاها المشرع منه.

أما إذا كان البطلان غير منصوص عليه وخولف الإجراء, فإن على من يتمسك ببطلان الإجراء أن يثبت أن عدم مطابقة الإجراء لما يتطلبه القانون قد ترتب عليه فوات الغاية التي ينشدها المشرع منه[16].

الفقرة الرابعة: نظام البطلان في القانون الجزائري.

نتطرق في بحث نظام البطلان في القانون الجزائري إلى محاولة تحديد موقف المشرع الجزائري من الأنظمة الإجرائية السائدة في نظرية البطلان في نقطة أولى, ثم إلى كيفية تطبيق القضاء للنصوص الإجرائية في هذا الباب في نقطة ثانية كما يلي:

---

14 - الدكتور المستشار عبد الحكم فودة, المرجع السابق – بتصرف- ص 236 إلى ص 242.

15- ومن ثم فإن النص على البطلان بسبب عيب في العمل الإجرائي يعد قرينة قانونية بسيطة على انتقاء الغاية المقصودة وهي قرينة قانونية تقبل إثبات العكس.

16- د عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 40.

أولا: نظام البطلان في ظل التشريع الجزائري.

الظاهر أن المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من أنظمة البطلان السائدة , فلم يعتمد أي مذهب من المذاهب المتقدمة.

إن سكوت المشرع عن تبني أحد هذه الأنظمة يفتح الباب على مصراعيه للاجتهاد, ذلك أن أحكام البطلان التي أوردتها المادة 462 ق أ م[17], لا تستطيع أن تستوعب جميع قواعد البطلان, حيث استهلت في فقرتها الأولى بوضع القاعدة العامة في إثارة الدفوع الشكلية التي يجب أن تتم قبل مناولة الموضوع ثم تعرضت لحالة نشوء العيب الإجرائي أثناء سير الدعوى في فقرة ثانية, وفي الفقرة الثالثة منها خصت الدفع المتعلق بقواعد الاختصاص النوعي بحكم خاص وذلك بإمكانية إثارته في أي وقت, وهو تذكير لحكم المادة 93 ف1 من ق أ م لا غير[18]. وفي الأخير تطرقت إلى جواز تصحيح البطلان المتعلق بالبطلان النسبي فقط دون البطلان المطلق.

والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري بنصه في (م / 462) فقرة الأخيرة منه على عدم تصحيح البطلان المتعلق بالنظام العام يكون قد سلك اتجاها شاذا على الأقل لما هو معتمد في التشريعين المصري والفرنسي.[19]

وفي رأينا فإن هذا التشدد من قبل مشرعنا لا يستند إلى أساس قانوني ولا إلى مبدإ ثابت في قانون المرافعات, ذلك أن كل من الفقه والقضاء الحديثين-وتبعهم في ذلك التشريع– قد استقر على اعتبار الأعمال الإجرائية مجرد وسيلة لضمان مصالح المتقاضين مع مراعاة حسن سير مرفق القضاء, ومن ثم فإن الإغراق في الشكليات بلا طائل ودون أن تخدم الهدف المرجو منها قد يقلب الأمور رأسا على عقب, فتصبح الإجراءات القضائية غاية في ذاتها بدلا من أن تكون وسيلة.[20]

ولعل السبب الذي جعل المشرع لا يجيز تصحيح البطلان الإجرائي المتعلق بالنظام العام يرجع إلى تأثره بما ورد في (م/ 102 ق أ م)[21], التي لا تلحق الإجازة بالعقد الباطل

---

[17]- نصت (م/ 462 ق ام) على : لا يجوز الدفع بالبطلان أو بعدم صحة الإجراءات من خصم يكون قد أودع مذكرته في الموضوع وكذلك الشأن بالنسبة لعدم الإيداع أ وعدم تقديم الكفالة المنصوص عنها في المادة460. =
=وإذا طرأ البطلان أو عدم صحة الإجراءات بعد تقديم المذكرات في الموضوع فلا يجوز إبداء الدفع به إلا قبل أية مناقشة في موضوع الإجراء الذي تناوله البطلان.
و خلافا لما هو منصوص عليه في الفقرتين السابقتين يجوز ابداء الدفع الخاص بقواعد الإختصاص النوعي في أي وقت.
وإذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو بعدم الصحة.

[18] - نصَت م / 93 ق أم على : عدم اختصاص محكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام وتقضي به المحكمة ولو من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى.
وفي جميع الحالات الأخرى يجب أن يبدى الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع أو دفاع آخر.

[19]- حسبما ورد في المادتين,(م/20)قانون المرافعات المصري, م/ 173 ق.أ.م فرنسي.

[20]- أنظر في هذا المعنى إلى الدكتور عبد الحميد الشواربي في المرجع السابق, عند تطرقه إلى عنصر الغاية من الإجراء, ص 35 ومايليها.

[21]- حيث نصت (م / 102 ق أم) ف 1 على أنه :" إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل من له مصلحة أن يتمسك بهذا. البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

بطلانامطلقا مع ما بين الحالتين من فارق أساسي, باعتبار أن البطلان الموضوعي ينشأ عن تخلف أحد أركان التصرف القانون, كانعدام الإرادة أو محل غير موجود أو مخالف للنظام العام والآداب أو سبب غير مشروع, أما البطلان الإجرائي الذي نحن بصدده فينشأ عندما يكون العمل الإجرائي المعيب متعلق بالنظام العام, وهو عمل تتم مباشرته بإرادة منفردة دون أن يتوقف سيرانه على إرادة الأطراف الأخرى في الخصومة[22], على خلاف العقود التي لا تكون نافذة إلا بتطابق إيجاب بالقبول, ومن ثم فإن ترتيب نتائج البطلان المطلق الموضوعي على البطلان المطلق الإجرائي بهذه الكيفية فيما يخص عدم جواز تصحيح هذا الأخير يعتبر تطبيقا سقيما.

وعليه فلا ضير في رأينا من القول بتصحيح البطلان المتعلق بالنظام العام, شريطة أن لا يلحق التصحيح ضرر لأحد الخصوم كما فعل المشرع الفرنسي في (م/ 115 ق أم) وأن يتم ذلك خلال أجل معين كما نصت عليه (م/23) من قانون مرافعات مصري.

وباستبعاد حالة البطلان المتعلق بالنظام العام الذي أوجب المشرع الحكم به – حسبما تنص عليه المادتين 93 و462 ق أم - سواء تمسك به الأطراف في الخصومة أو لم يتمسكوا به, وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى, فإن البطلان النسبي يثير أكثر من سؤال بالنسبة للمعيار الذي يعتمده القاضي للحكم بالبطلان في ظل تشريعنا, فهل يأخذ بمعيار الغاية من الإجراء أم بمعيار الضرر الذي يصيب أحد الأطراف؟ أم معيار النص الصريح على البطلان؟

نظرا لعدم تبني المشرع الجزائري لأحد هذه المعايير, فلا يمكن من البداية حسم المسألة لصالح معيار على حساب معيار آخر, غير أنه بالرجوع إلى القواعد العامة المحددة لشروط مباشرة الدعوى والتي وردت في نص المادة 459 ق أ م, فإن الأستاذ زودة عمر, المستشار بالمحكمة العليا[23], وفي اتجاه توفيقي له, جمع بين المعيارين-معيارالغاية ومعيار الضرر- فهو يرى أن فكرة المصلحة صالحة لأن تكون معيارا جامعا لمباشرة جميع الإجراءات القضائية بمختلف صورها سواء تجسدت في صورة طلب أو في صورة دفع أو طعن أو أي إجراء آخر, ويذهب في تأصيل رأيه إلى أن ما توصل إليه كل من المشرع المصري الذي اعتمد معيار الغاية ومن قبله المشرع الفرنسي الذي اعتمد معيار الضرر, في حقيقة الأمر ما هو إلا تجسيد لفكرة المصلحة.

[22] - أنظر إلى هذا المعنى للدكتور عبد الحكم فود, المرجع السابق, ص 35, عند تطرقه إلى مسألة تحول التصرف القانوني والعمل الإجرائي حيث ذكر : " ومن الطبيعي أن قانون المرافعات لم يشترط النية المشتركة لأن العمل الإجرائي يقوم به طرف واحد, هو المباشر له , ويترك أمر توافر عناصر الإجراء الصحيح من عدمه لقاضي الموضوع."

[23]-الأستاذ زودة عمر, المرجع السابق

ذلك أن الغاية التي يقصدها المشرع المصري والإيطالي في العمل الإجرائي هي تحقيق الحماية المقصودة من الشكل, فمتى تحققت هذه الحماية فلا ضرورة للقول بالبطلان عندما يشوب العمل الإجرائي عيب من العيوب, ولأن القضاء به يصبح من قبيل الشكليات الجامدة.

والغاية بهذا المعنى هي نفسها معنى المصلحة التي تصبح حالة وقائمة إذ تخلفت الغاية من الإجراء, وتنتفي المصلحة بالمقابل عند تحقق هذه الغاية, ومن ثم فالمصلحة تكون مرتبطة وجودا وعدما بانتفاء أو وجود الغاية المقصودة من الإجراء.

والكلام نفسه ينطبق على معيار الضرر في القانون الفرنسي, فالضرر الإجرائي الذي يلحق بأحد الخصوم جراء عيب يصيب العمل الإجرائي هو عين المصلحة التي تتقرر للمتضرر بفعل هذا العيب.

وما يعضد هذا الرأي, ما ذكره الدكتور المستشار عبد الحكم فودة في مؤلفه البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية بقوله : " والضرر المقصود في بطلان العمل الإجرائي ليس الضرر بمعناه في مجال المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية, بل يقصد به الضرر الإجرائي. والمقصود بالضرر الإجرائي هو ما يتحقق من إهدار للغاية التي استهدفها المشرع في العمل الإجرائي, فتخلف الغاية هو الضرر الإجرائي المقصود, والذي بتوافره تتحقق المصلحة التي هي أساس الدفع, وكان الدفع بحالته غير مقبول خليق بالرفض"[24]. وكمثال عن ذلك, ورقة التبليغ الذي يغفل فيها ذكر تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى, فهذا يهضم حق الخصم في تهيئة دفاعه في وقت محدد, لكن حضوره بالجلسة المحددة شخصيا أو بواسطة ممثل عنه ومنحه أجلا مناسبا لتحضير دفاعه, يحقق الغاية المنشودة من خلال ذكر تاريخ الجلسة في ورقة الإعلان, وبذلك يزول الضرر الناشئ عنه وتنتفي معه المصلحة المتولدة عن هذا العيب في بيانات الإعلان.

ثانيا: تطبيق نظام البطلان في ظل القضاء الجزائري.[25]

يمكن أن نستشف تطبيق القضاء الجزائري لقواعد بطلان الإجراءات ,من خلال قاعدة عامة وما ورد عليها من استثناءات.

أ- **القاعدة العامة:** لا بطلان دون نص صريح.

استقر القضاء الجزائري على أنه لا بطلان بغير نص صريح, وقضى بأن مخالفة أشكال متعددة لا تستوجب البطلان, مادام لم يرد بشأنها نص صريح ومن أمثلة ذلك نذكر مايلي:

[24]- انظر إلى ص 240 من المؤلف المشار إليه في المرجع السابق, فقرة 3.

[25]- دراسة مستقاة من مؤلف, الأستاذ بو بشير محند أمقران في شرح قانون الإجراءات المدنية من ص 187 وما يليها, ط2001 ,عن ديوان المطبوعات الجامعية.

- إن إغفال توقيع عريضة افتتاح الدعوى[26](م/12), أو عريضة الاستئناف [27](م/110) , أو عريضة الطعن بالنقض [28](م/ 142 ف 2).

- إغفال التأشير على جميع الوثائق المقدمة [29].

- إن عدم ذكر قضاة المجلس القضائي لنصوص القانونية المطبقة في منطوق قرارهم مخالفين بذلك (م/ 144 – 5) لا يعد سببا من أسباب البطلان, مادام القضاة طبقوا مضمون هذه النصوص تطبيقيا سليما [30].

- إغفال بيان صدور الحكم باسم الشعب الجزائري كما هو منصوص في المادتين 28 و 144ق أ م وكذا المادة 13 من الدستور[31].

- إغفال تحرير محضر بالمعاينة والتوقيع عليه من القاضي وكاتبه وإيداعه بمحفوظات كتابة الضبط (م / 59).[32]

- لا يترتب البطلان إذا لم تبلغ الأوراق أو السندات أو الوثائق التي قدمها الطرف الآخر دعما لادعاءاته مخالفا بذلك المادتين 32 و245[33].

ويلاحظ أنه لا أثر لصيغة الوجوب التي يستعملها المشرع في بعض الحالات في وصف الشكل المقرر بأنه جوهري, فالإغفال عن ذكر بعض بيانات الخصوم في ورقة التكليف بالحضور (م/ 13) وفي الحكم القضائي[34], لا يرتب البطلان إلا إذا أدى إلى غموض أو الإلتباس في هويتهم.

---

[26]- قرا ر المجلس الأعلى رقم 46526 مؤرخ في 14-2-1988 م ق 1990 ع 4 ص 92.

[27]- قرار المجلس الأعلى رقم 26563 مؤرخ في 27-2-1982 م ق 1989 ع 1 ص 123 .

[28]- قرار المجلس الأعلى : رقم 2418 مؤرخ في 3-3-1982 م ق 1989 ع 2 ص 17-18 وقرار رقم 31862 مؤرخ 7-12-1983 م ق 1989 ع 3 , ص 22..24 وقرار المحكمة العليا رقم 46192 مؤرخ في 23.11.1988 م ق 1990ع 2 ,ص ص 12, 13

- قرار المجلس الأعلى رقم 26428 مؤرخ في26-2-1983. م ق 1489 ع 1 ص 133 وقرار المحكمة العليا رقم 86444 مؤرخ في 3. 6 . 1992 م ق 1993 ع 4 ص 47 .

[30]- قرار المجلس الأعلى رقم 32802 مؤرخ في 19. 1 . 1985 م ق 1992 ع 4 ص 14.

وقرار المحكمة العليا رقم 67001 مؤرخ في 30 . 11 . 1990 م ق 1992 ع 1 ص 89 .

لكن يلاحظ أن عدم ذكر النصوص القانونية يكون موجبا للنقص إذ كان ذكر النص ضروريا للسماح للمحكمة العليا ممارسة رقابتها (راجع قرار المجلس الأعلى – الفرقة الاجتماعية – رقم 38107 مؤرخ في 10 . 12 . 1984 م ق 1989 ع 3 ص 132) , ويقع على الطاعن عبء إثبات النص القانوني الذي انتهكه قضاة والموضوع (راجع قرار المحكمة العليا رقم 87672 توزيع في 25 . 3 . 1992 م ق 1993 ع 4 ص 35.

[31]- راجع قراري المجلس الأعلى الصادرين عن الغرفة المدنية, الأول مؤرخ في 22 . 12 . 1982 المجلية الجزائرية .... القانونية و الاقتصاديةو السياسية لسنة 1985 ع ص 382 , و الثاني رقم 31416 مؤرخ في 4 . 1 . 1984 م ق 1989 ع 1 ص 48, مع التنبيه إلى أن القرار الأخير يذكر أن التصدير المذكور يجب توفره في النسخ التنفيذية دون النسخ العادية, على عكس القضاء الجزائي الذي يعتبر هذه الشكلية جوهرية, سواء في قرارات غرفة الاتهام (راجع قراري المجلس الأعلى رقم 37163 مؤرخ في 12 . 2 . 1985 م ق 1989 ع 2 ص 251 ورقم 47759 مؤرخ في 15 . 4 . 1986 م ق 1989 ع 3 ص239) , أو في أحكام محكمة الجنايات (أنظر قرار المجلس الأعلى رقم 33164 مؤرخ في 20 . 3 . 1984 م ق 1990 ع 1 , ص 29) .

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية كانت تعتبر هذا البيان من النظام العام, قبل أن تعدل عن هذا الموقف بموجب حكمين صادرين في سنة 1974. راجع في ذلك د. فتحي والي, الوسيط, ص, 628. هامش رقم 1

[32]- قرار المجلس الأعلى رقم 82117 مؤرخ في 1982/05/19, م.ق 1989 ع 1 , ص 29.

[33] - المجلس الأعلى – غرفة القانون الخاص مؤرخ في 13 – 12 – 1967 نشرة القضاء سنة 1968ع 1 ص 40 (بالفرنسية).

[34]- لا يترتب البطلان عن إغفال ذكر مهنة الأطراف في قرار المجلس القضائي (أنظر قرار المحكمة العليا رقم 59140 مؤرخ في 19 . 3 .1990 م ق 1991 ع 4 ص 122 الأمر نفسه بالنسة لصفة الأطراف إلا في حالة شك أو إلتباس في أشخاصهم أو هويتهم (أنظر القرار رقم 43179 مؤرخ في 13 – 7 – 1987 م ق 1990 ع 4 ص 143).

ب - الاستثناءات:

يحكم القاضي ببطلان الإجراء القضائي في حالة عدم مراعاة الشكل الذي قرره المشرع حتى في الحالات التي لم يرد بها نص صريح, وذلك حين يعتبر الشكل جوهريا[35] ويكون كذلك حينما يكون لازما لوجود الإجراء القضائي أو متعلقا بالنظام العام أو ضمانة للخصوم.

ومن أمثلة الشكل اللازم لوجود الإجراء القضائي نذكر ما يلي:

- التوقيع على أصل القرار الذي يصدر عن المجلس القضائي من الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط [36] (م / 144).
- لا يكون التبليغ صحيحا أو لا ينتج آثاره القانونية إلا أن وقع بواسطة سند يحرره المبلغ ويشير فيه إلى أن المبلغ له تسلم نسخة رسمية من الحكم أو الأمر, أو نسخة مطابقة للأصل[37].
- يترتب البطلان في حالة عدم ذكر الأطراف في الأحكام القضائية [38] إلا إذا ذكر بيان يسمح بالتعريف عليهم [39] ولا يغني ذكر اسم المحامي عن بيان أسماء الأطراف[40].

ومن أمثلة الشكل المتعلق بالنظام العام, نذكر ما يلي:

- وجوب إطلاع النيابة العامة على القضايا المذكورة في (م / 141).[41]
- النص في القرارات الصادرة عن المجلس القضائي على أن المستشار المقرر قد تلا تقريره المكتوب (م / 140)[42].

ومن أمثلة الشكل الذي قرر ضمانة للخصم, و لا سيما حقه في الدفاع [43]نذكر ما يلي:

- تبليغ عريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده طبقا للمادة 245 [44].
- احترام مبدأ المواجهة[45].

---

[35]- يعد إغفال الشكل الجوهري للإجراءات أحد أوجه الطعن بالنقض (م / 233) , وإحدى حالات التماس إعادة النظر (م / 184).

[36]- المجلس الأعلى , غرفة القانون الخاص مؤرخ في 25 . 12 . 1968 نشرة القضاء 1969 ع 2 من 65 (بالفرنسية), وراجع عكس ذلك قرار المجلس الأعلى الغرفة التجارية و البحرية الذي قرر أنه لا يترتب النقض عن عدم توقيع المستشار المقرر (رقم 25655 مؤرخ في 2 . 1 . 1982) نشرة القضاة.

[37]- م 42 , وقرار المجلس الأعلى رقم 52820 مؤرخ في 11 .6 . 1988 مق 1990ع 4 ص 27 .

[38] - المادتان 38 و 144.

[39]- ينبغي ذكرأسماء الخصوم في كل الأحوال حتى ولو كثر عدد الخصوم (قرار المجلس الأعلى رقم 33517 مؤرخ في 10 . 10. 1983 م ق 1989 ع 1 ص 191) وإذا كان قرار المجلس الأعلى (رقم 43179 المؤرخ في 13 . 7 . 1987 م ق 1990ع 4 , ص 143) لم يعتبر إغفال ذكر اسم ولقب وصفة المستأنفة الطعون ضدها سببا موجيا لنفي القرار الصادر, فإنه قد أكد على أن هوية الطرفين معروفة وان ذاك الإغفال لم يلحق أي ضرر بالطعن وهو ما يؤكد على أهمية بيان الهوية.

[40]- قرار المجلس الأعلى رقم 34899 مؤرخ في 3 . 4 . 1985 . م ق 1990 ع 1 ص 38 .

[41]- محكمة النقض المصرية ترى أن تمثيل النيابة في قضايا القصر إجراء مقرر لصالح القصر ذاتهم, ومن ثم فالتمسك به يجب ان يثار من قبل من يمثلهم وهو ليس من النظام العام.

[42]- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 8 . 7 . 197 نشرة القضاة 1972 ع 1 ص 55 و قرار رقم 26387 مؤرخ في 20 . 11 . 1982 الإجتهاد القضائي , ص 158.

[43] تنص (م / 142 ف 1)من الدستور على انه: الحق في الدفاع معترف به.

[44] - يترتب على اغفال هذا الإجراء انعدام الخصومة, قرار المجلس الأعلى رقم 66640 مؤرخ في : 15 . 3 . 1989 م ق 4993 ع 4 ص 15 .

وممّا سبق يتبين أن البطلان يترتب عن عدم احترام الشكل المقرر للإجراء القضائي في حالتي النص الصريح واعتبار الشكل جوهريا, وللقضاة سلطة تقديرية واسعة في تقريره.

المطلب الثاني: تمييز البطلان عن الجزاءات المشابهة له

لتحديد نطاق البطلان يجدر بنا تمييزه عن الجزاءات المشابهة له, ومن هذه الجزاءات سقوط الإجراءات وانعدامها والدفع بعدم القبول, كما يلي:

الفرع الأول: البطلان والانعدام

للتمييز بين البطلان والانعدام يتعين تعريف هذا الأخير, ثم كيف يتم التّمسك به, ثم تصحيح الإجراء الباطل وأثره وأخيرا طبيعة الحكم بالانعدام.

-تعريف الانعدام: يقصد به عدم توافر أركان قيام العمل الإجرائي, ويثبت بغير حاجة إلى نص يقرره وبغير حاجة إلى إثبات ضرر أصاب المتمسك به[46].

-التمسك بالانعدام: يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به, بل للقاضي أن يحكم به تلقائيا[47]. والإجراء المنعدم لا تلحقه أي حصانة ولا يزول عنه العيب بفوات مواعيد الطعن, فمن الجائز الطعن فيه ولو بعد فوات مواعيده, لأنه ولئن كان من الجائز التمسك بالانعدام بدعوى مبتدأة فيكون من الجائز الطعن ولو بعد فوات الميعاد, على عكس الإجراء الباطل.

- تصحيح الاجراء: لا يجوز تصحيح الإجراء المنعدم لعدم وجوده أصلا, خلافا للإجراء الباطل الذي وجد بتوافر أركان قيامه قانونا, لكن تخلفت أركان صحته, ومن ثم جاز تصحيحه بتلافي عيوب الصحة, مع استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام (م/462 ف 4).

- أثر الإجراء المنعدم: رغم أن الإجراء المنعدم لا وجود له قانونا, وبالتالي فلا أثر له إلا أن هناك بعض الفقه من يقول أن الإجراء المنعدم يرتب أثاره القانونية من الناحية العملية حتى يحكم ببطلانه, غير أنه ثمة بعض الإجراءات مالا تستدعي صدور حكم بانعدامها كعريضة افتتاح الدعوى المنعدمة,فهي لا تنشئ إلتزاما على القاضي بنظرها ولو بالحكم ببطلانها وإذا أهملها لا يعتبر منكرا للعدالة.[48]

- طبيعة الحكم بالانعدام: الحكم الصادر بناءا على دعوى الانعدام هو حكم كاشف له غير منشئ, إذ يكشف عن واقعه مادية حدثت في الوجود, وعلى هذا الأساس يمكن غض النظر

---

[45]- لا يجوز أن يتأسس قرار على آخر صادر في نفس الجلسة في قضية مغايرة دون إجراء مناقشة حضورية، لأن ذلك يتضمن إخلال بحقوق الدفاع. قرار المجلس الأعلى رقم 35456 مؤرخ في 26-11-1984 ، م ق 90 ع 1 ص: 169.

[46]- الدكتور عبد الحميد الشورابي, المرجع السابق , ص 22 .

[47]- الدكتور المستشار عبد الحكم فودة , المرجع السابق , ص 36 .

[48]- راجع د . فتحي دالي, الوسيط, ص 407, 408و نقلا عن مؤلف الأستاذ بوبشير محند أمقران , المرجع السابق , ص 199.

عنها, فمن أقام دعوى ولم يعلن صحيفتها, يمكن له أن يرفع دعوى أخرى دون أن يجابهه الخصم بدفع عدم جواز نظرها.

الفرع الثاني: البطلان و السقوط

البطلان هو جزاء مخالفة الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لصحة الإجراءات, أما السقوط فهو جزاء عدم استعمال الحق الإجرائي في الزمن أو الترتيب المحدد في القانون,[49] فتقديم الدفع الموضوعي أو الدفع بعدم القبول يسقط الحق في تقديم الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام[50],فرفع دعوى الملكية يسقط الحق في رفع دعوى الحيازة (م/418ق أم).

وباعتبار جزاء السقوط يتعلق بحقوق إجرائية, فلا يمكن تصور انصراف جزاء السقوط إلى الأعمال الإجرائية التي يباشرها القاضي أو أحد أعوانه أو الغير, لكون هؤلاء ليست لهم حقوق إجرائية على خلاف جزاء البطلان الذي يسري على جميع الأعمال الإجرائية مهما كانت صفة الشخص المباشر لها.

ومن ناحية أخرى فإن التمسك بالبطلان يتم عن طريق دفع شكلي بينما السقوط فيتم التمسك به في جميع الأحوال بدفع بعدم القبول, يجوز إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

يحكم بالسقوط سواء وجد نص صريح يستعمل مصطلح السقوط [51] أو عدم القبول[52], أو لم يوجد[53], ومن جهة فإن السقوط ليس له أثر رجعي عكس البطلان, لأن السقوط يعني زوال الحق الإجرائي الذي كان يسمح للخصم باتخاذه, فزوال الحق في الاستئناف لا يؤثر على الحكم الابتدائي. غير أن آثار الحكم بالبطلان تتولد من تاريخ وقوع الإجراء وليس من تاريخ التمسك بالدفع المتعلق به أو صدور الحكم المقرر له.

وأخيرا فإن البطلان لا يحول دون تجديد الإجراء أو تصحيحه وفقا للقواعد العامة السالفة الذكر, بخلاف سقوط الحق في اتخاذ الإجراءات فيحول بصفة نهائية إلى عدم ممارستها لأنها أنقضت[54].

---

[49]- يختلف السقوط بمعنى سقوط الحق في اتخاذ الإجراء , عن سقوط الخصومة المنصوص عليها في(م / 220) فيما يلي:
- من حيث السبب: يتمثل سبب السقوط في عدم اتخاذ الإجراء في الميعاد أو في الترتيب المقرر قانونا بينما سبب سقوط الخصومة فيرجع إلى إهمال المدعي بعدم السير فيها لمدة سنتين.
- من حيث النتيجة : يترتب عن السقوط عدم الجواز إتخاذ الإجراء, بينما سقوط الخصومة يؤدي إلى زوال كل إجراءاتها, وهو جزاء لا يحول دون تجديدها لاحقا إذا لم يسقط الحق الموضوعي بالتقادم.

[50]- أنظر المواد 92 , 93 ف 2 , 462 ف 1 و 2 .

[51]- نص م / 461 على : (فبما عدا حالة القوة القاهرة, يترتب السقوط على مخالفة المواعيد المحددة قانونا لمباشرة حق من الحقوق بموجب نصوص هذا القانون) وانظر إلى المادتين 101 ف 1 و 102 ف 2 من القانون المدني.

[52]- أنظر كمثال على ذلك إلى المادتين 413 ف 1 و 418 ق.أ. م وكذا المادة 169 ف 2 ق.أ.م بالنسبة للمنازعات الإدارية.

[53]- انظر إلى الاستاذ : بو بشير محند امقران, المرجع السابق, ص 201.

[54]- الدكتور عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 25.

الدفع بعدم القبول هو تكييف قانوني ووسيلة دفاع ترمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى, فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه, وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا.

والدفع بعدم القبول له طبيعة خاصة تميزه عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية, لأنه لا يوجه إلى ذات الحق المدعى به, وبالتالي لا يعد دفعا موضوعيا, كما لا يوجه إلى إجراءات الخصومة, ومن ثم فلا يعد دفعا شكليا, وإنما يوجه إلى الوسيلة المتمثلة في الدعوى, من حيث توافر شروطها العامة والخاصة [55], على خلاف البطلان في العمل الإجرائي الذي يعتبر دفع شكلي يوجه بمناسبة عيب يصيب العناصر الشكلية أو الموضوعية للإجراء, وعليه فيجب إبداء الدفع بالبطلان قبل أي مناقشة للموضوع, كما تنص عليه(م/462 ف1 ق أم) وقبل إثارة الدفع بعدم القبول, بينما الدفع بعدم القبول يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة العليا لعدم استثنائه بنص صريح, ومن ثم فهو يخضع لإرادة الخصم المقرر لمصلحته[56].

ويشترك الدفع بعدم القبول مع الدفع بالبطلان في كونهما يتضمنان بعض الصور المتعلقة بالنظام العام تثيرها المحكمة تلقائيا, وصور أخرى يجب أن يتمسك بها أصحاب المصلحة, ويختلفان من حيث أثر الحكم الصادر بشأنهما, فالحكم بعدم القبول يؤدي إلى زوال الخصومة أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن ومنها ما يحوز الحجية بحيث يمتنع على المحكمة الرجوع إلى ذات النزاع لاستنفاذ ولايتها بشأنه كالدفع بسبق الفصل (م/338 ق أم), بخلاف الدفع بالبطلان فإن الحكم الصادر فيه لا يحوز الحجية أمام الجهة التي فصلت فيه.

وفي الأخير يجوز في بعض صور الدفع بعدم القبول, التصحيح كما هو في البطلان, كتصحيح الصفة بعد رفع الدعوى, سواء رفعت الدعوى على غير ذي صفة أو رفعت على بعض أصحاب الصفة دون البعض الآخر, كما تطبق إذا رفعت من غير ذي صفة أو من بعض ذوي الصفة دون البعض الآخر, كل ما هنالك هو أن يتم التصحيح في المواعيد المحددة لرفع الدعوى, سواء تعلقت بمدة التقادم أو مواعيد السقوط أو مواعيد الطعن في الأحكام[57].

---

[55] أنظر إلى محاضرات المستشار زودة عمر, المرجع السابق.
[56]- أنظر إلى محاضرات المستشار زودة عمر, المرجع السابق.
[57]- د . أحمد أبو الوفا في مؤلفة المرافعات المدنية و التجارية , نظرية الدفوع, ص145

الفصل الثاني: التمسك بالبطلان وسلطة القاضي

بعد أن عرّفنا العمل الإجرائي والجزاء المترتب على تخلف أحد عناصره وتمييزه عما شابهه من أنظمة, ننتقل إلى مرحلة معرفة الأشخاص الذين لهم الحق في إثارة البطلان وموقف القاضي ومجال سلطته في الحكم بالبطلان أو في البحث عن حلول وقائية أخرى تحول دون الحكم به, سواء بمبادرة القاضي أو بمبادرة الخصوم, وفي الأخير نتعرض إلى تحديد طبيعة الحكم بالبطلان والآثار المترتبة عليه.

كل هذه المسائل نتناولها في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: التمسك بالبطلان وجواز تصحيحه

نتطرق في هذا المبحث إلى نشأة حق الدفع بالبطلان وصوره في مطلب أول, ثم إلى تصحيح الخلل الإجرائي الناجم عن هذا الدفع, ووسيلة القاضي في ذلك في مطلب ثان.

المطلب الأول: صور التمسك بالبطلان وزواله

نتناول في فرع أول التمسك بالبطلان والأشخاص الذين لهم الحق فيه, ثم الأحوال التي يزول فيها أثر هذا التمسك في فرع ثان كما يلي:

الفرع الأول: صور التمسك بالبطلان

نستهل هذا الفرع بالتكلم أولا في طبيعة الدفع بالبطلان ومن له الحق فيه, ثم نتناول الحالات التي يسقط فيها هذا الدفع والحالات التي لا يسقط فيها وبعدها نتطرق إلى صور التمسك بالبطلان بالنسبة للإجراءات ثم بالنسبة للأحكام.

الفقرة الأولى: الدفع بالبطلان دفع شكلي لا يجوز أن يتمسك به إلا من كانت له مصلحة فيه

الدفع ببطلان إجراءات الدعوى, دفع يوجه إلى عيب يصيب العمل الإجرائي في أحد مقتضياته الشكلية أو الموضوعية, ومن ثم فإن الدفع بالبطلان هو دفع شكلي, باعتباره الوسيلة التي يعتمدها المدعى عليه للطعن في صحة الخصومة أو وفي بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به ويقصد تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة [58], وتبعا لذلك تسري على الدفع بالبطلان قواعد الدفوع الشكلية.

---

[58]- د . أحمد أبو الوفا في مؤلفة المرافعات المدنية و التجارية , نظرية الدفوع ص 240 , ط 15 سنة 1995 عن منشأة المعارف الإسكندرية.

ويعتبر الدفع بالبطلان بوصفه دفع شكلي حق إرادي, يتوقف استعماله على إرادة الخصم صاحب المصلحة فيه, فله أن يثيره كما له أن يمتنع عن ذلك [59]. وله أن يتنازل عنه بعد التمسك به إذا كان موضوع الدفع بالبطلان يتعلق بحق إجرائي يقرر مصلحة خاصة.

والدفوع بالبطلان عديدة ومتنوعة كما سبق ذكرها, فمنها ما يتعلق بأوراق التكليف بالحضور ومنها ما يتعلق بصفة وأهلية أطراف الخصومة ومنها ما يتعلق باختصاص المحكمة وصلاحية القاضي في نظر الدعوى.

وبصفة عامة يكون التمسك ببطلان إجراءات الخصومة بواسطة دفع, أما الأحكام فيتم التمسك ببطلانها بواسطة طعن[60].

ومهما تكن الصورة التي يتمسك فيها بالبطلان, فلا بد أن تكون للتمسك به مصلحة, ومن ثم فلا يجوز أن يثير البطلان الشخص الذي تسبب فيه بخطئه أو بغشه, ويستثنى من ذلك البطلان المتعلق بالنظام العام الذي يجوز التمسك به حتى من قبل الشخص الذي تسبب فيه, رعاية للمصلحة العامة التي تعلو على أي اعتبار[61].

الفقرة الثانية: مسقطات الدفع بالبطلان[62].

من حالات التي تسقط الدفع بالبطلان ما يلي:

- تقديم دفع شكلي آخر خلاف البطلان سواء شفاهة أو في مذكرة مكتوبة.
- الدخول في الموضوع بطلب رفض طلبات المدعي أو مناقشتها من أجل الحكم برفضها أو عرض التصالح بشأنها أو تفويض الأمر للمحكمة لتحكم بما تراه على ضوء دفاعه أو إبداء طلبات عارضة أو إدخال ضامن في الدعوى.
- طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات حاسمة في الدعوى تؤكد عدم صحة طلبات المدعي أو طلب التأجيل للإطلاع على سندات الخصم والرد عليها.
- طلب ضم دعوى أخرى منظورة أما دائرة أخرى بنفس المحكمة لتحقيق دفاعه بعدم صحة طلبات المدعي, فذلك يعني إقراره بسلامة الإجراءات ودخوله في الموضوع.
- طلب وقف الدعوى للفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في موضوع الدعوى.
- التمسك بسقوط الخصومة أو انقضائها بالتقادم.
- الدفع بعدم قبول الدعوى.
- التمسك بسبق الاتفاق على التحكيم.

---

[59] - المستشار زودة عمر, نفس المرجع.

[60]- وتضيف الدكتورة أمنية مصطفى النمر, في مرجعها السابق إلى إمكانية التمسك بالبطلان بواسطة طلب حيث ذكرت في ص 409 : "ولا يعتبر طلب الحكم ببطلان الإجراء أمام محكمة الدرجة الأولى طلبا عارضا ولذا لا يخضع لقواعد هذه الطلبات , مثال هذا أنه لا يبدى شفاهة في الجلسة , كما لا يعتبر في حالة إبدائه أمام المحكمة الإستئنافية طلبا جديدا, ولذا لا يخضع لقواعد الطلبات الجديدة, فهو يجوز وإن لم يكن مندرجا فيما نص عليه المشرع من هذه الطلبات في م / 235 مرافعات."

[61]- د. عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق ص 41, وفي نفس المعنى, د. إبراهيم نجيب سعد المرجع السابق ص 756.

[62]- د . أحمد أبو الوفا نظرية الدفوع المرجع السابق , ص 122 .

- وقف الدعوى اتفاقا ثم تعجيلها, فلا يجوز عند تعجيل إبداء دفع بالبطلان على الإجراءات السابقة على الوقف.

الفقرة الثالثة: ما لا يسقط الدفع بالبطلان[63]

هناك مسائل لا يؤدي الخوض فيها إلى إسقاط الحق في الدفع بالبطلان أهمها ما يلي:

- إذا تخلّف المدعي عن الجلسة الأولى, فيطلب المدعى عليه التأجيل لإعلانه بالجلسة الجديدة.

- طلب تأجيل الدعوى من جانب المدعى عليه لإختصام ورثة المدعي لتوجيه الدفع بالبطلان في مواجهتهم.

- مناقشة الموضوع على سبيل الاحتياط فذلك ينفي الإرادة الضمنية بالتنازل عن الدفع الشكلي.

- تعجيل الدعوى من الموقوف بإعلان الخصم بجلسة مقبلة, فلا يكشف ذلك عن التنازل عن الدفع بالبطلان, بل على العكس من ذلك, فقد يكون الهدف منه إبداء الدفع شريطة ألا يتعرض للموضوع عند المثول بالجلسة قبل إبداء الدفع بالبطلان.

- طلب التأجيل للإطلاع على الصحيفة إذا لم يكن قد اتسع له الوقت للإطلاع عليها, فقد يكون ذلك للتمسك بطلانها أو رغبة الخصم في توكيل محام يقف على إجراءات الخصومة للدفع بالبطلان, أما إذا كان من أجل استعداده لتقديم مستندات في الموضوع, فذلك يعني التنازل عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات والتسليم بصحتها.

- طلب التأجيل لاتخاذ إجراءات رد القاضي.

- تناول الموضوع خارج مجلس القضاء, ولو في صورة إنذار قضائي, إذ أن مسقطات الدفع لا تكون إلا أمام القاضي.

الفقرة الرابعة: التمسك ببطلان إجراءات الخصومة في صورة دفع.

إذ كان الإجراء المطلوب إبطاله إجراء من الإجراءات الخصومة, فإن طلب الإبطال يتم في صورة دفع شكلي, يبديه صاحب المصلحة الذي إما أن يكون خصما أصليا أو متدخلا بصفة هجومية أو إنضمامية, إذا كان الإجراء يمسه شخصيا, ويرفع الدفع بالبطلان بالأوضاع المقررة للدفوع الشكلية, أي يجب أن يثار قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيه[64]. باستثناء الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

---

[63]- د أحمد أبو الوفا, نظرية الدفوع , المرجع السابق , ص 124.

[64]- حكم المادة 462 من ق.أ. م دون أن تذكر الدفع بعدم القبول والذي خصته بالذكر (م /112 ق.أ.م) الفرنسي التي نصت على:

La nullité des actes de procédure peut être invoquée au fût et à mesure de leur accomplissement mais elle est couverte si ce lui qui l'invoque a postérieurement a l'acte critiqué, fait vouloir des défenses au fond ou opposé une fin de non recevoir sans soulever la nullité .

ومن صور هذه الدفوع المتعلقة بالإجراءات الخصومة, الدفع بعدم الإختصاص المحلي الذي نصت عليه(م/93 ق أم) والدفع بالإحالة المنصوص عليه في(م/92 ق أ م)والدفع بعدم مراعاة مدة 10 أيام للحضور أما الجلسة طبقا للمادة 26 ق أ م.

الفقرة الخامسة:التمسك ببطلان الحكم في صورة طعن.

إذا كان البطلان واردا على حكم لعيب أصاب جانبه الشكلي, كصدور حكم في تشكيلة غير قانونية أو عدم توقيعه من قاض مختص أو لعيب في شقه الموضوعي كعدم تضمين الحكم حيثيات التسبيب أو ذكرها مشوهة تشويها يجعلها لا تتطابق مع وقائع النزاع.

يتم التمسك ببطلان هذا الحكم بواسطة أحد طرق الطعن المقرر قانونا, لأن المبدأ الإجرائي السائد في قانون المرافعات, هو عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم, ولأن فتح هذا المجال يؤدي إلى إهدار حجية الأحكام[65], فإن لم يطعن في الحكم بالطرق المناسبة وفي الميعاد القانوني اعتبر الحكم صحيحا مهما شابه من أوجه البطلان, ذلك أن العيب في العمل الإجرائي لا يظل دائما وإنما يصحح عندما يصبح غير قابل للطعن فيه, وذلك ضمانا لاستقرار المراكز القانونية وحفاظا عن حجية الأحكام[66] .

الفرع الثاني: زوال أثر التمسك بالبطلان

توصلنا فيما سبق إلى نتيجة مفادها أن التمسك بالبطلان النسبي, هو حق إرادي يتوقف استعماله على إرادة الخصم, صاحب المصلحة فيه, فله أن يتمسك به وله أن يتمنع عن ذلك, كما له أن يتنازل عنه بعد إثارته قبل أن تصدر المحكمة حكمها بالبطلان, ومن ثم فإن المحكمة مطالبة بفحص ونظر الدفوع المعروضة عليها ما لم يتنازل عنها أصحاب المصلحة.

وللوصول إلى ترتيب أثر النزول عن الدفع وذلك بمنع المحكمة من إصدار حكم بقبوله, لابد من التعرض أولا إلا أنواع النزول ثم شروط صحته وأخيرا إلى أثر النزول.

الفقرة الأولى: أنواع النزول.

يتفق الفقه والقضاء [67]على أن التعبير على التنازل عن الدفع بالبطلان النسبي يخضع للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة,وذلك بان تكون إرادة المتنازل صريحة أو ضمنية,

---

[65]- وقد تناولت هذا الحكم (م / 460 ق.أ.م) فرنسي بنصها :
"La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours par la loi ".

[66]- د . إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص758 .

[67]- المشرع الجزائري لم يتناول انواع النزول بنص خاص كما فعل المشرع المصري في(م /22) من قانون المرافعات التي نصت على:" يزو ل البطلان إذا نزل من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعين فيها البطلان من النظام العام"

ونضيف لها حالة النزول بإرادة المشرع أو بما يسمى بالنزول القانوني, كما سنوضحه فيمايلي:

النزول الصريح : وهو اتجاه الإرادة الصريحة للمتنازل عن الحق في التمسك بالبطلان, سواء كان قد أبدي الدفع واتجهت الإرادة الصريحة إلى التنازل عنه أو يكون نتيجة اتفاق بين صاحب الدفع والخصم ما دام الاتفاق حاصل بعد قيام سبب البطلان, أما الاتفاق مقدما على النزول على البطلان فيميل الرأي الغالب إلى إجازته إذا كان محددا ببطلان عمل معين ولسبب معين. أما إذا كان الإتفاق عاما غير محدد .. فلا يجوز لأن الخصم ينزل عن البطلان دون أن يكون على علم بسببه[68].

ولا يشترط أن يفرغ التنازل في شكل معين, بل يجوز أن يكون في أي عبارات تحمل هذا المعنى ويجوز أن تكون كتابة في مذكرة تقدم للمحكمة [69], كما يجوز أن تكون شفهية [70].

النزول الضمني: يستشف هذا النزول من سلوك الخصم سلوكا يدل على إرادته, في التنازل عن التمسك البطلان, كما لو رد على الإجراء بما يدل على أنه اعتبره صحيحا أو قام بعمل أو إجراء يفيد أنه متنازل عن البطلان[71].

ويتم هذا التفسير بمعرفة القاضي على ضوء ظروف الدعوى, ومثال ذلك حضور المدعى عليه الذي بلغ بموجب تكليف بالحضور غير صحيح, بأن سلم له بمكتب عمله عوضا من موطنه الأصلي وإبدائه لمذكرة في الموضوع, فتقديم الدفاع على هذا النحو يفيد أن هناك تنازلا ضمنيا على الدفع ببطلان ورقة الإعلان بالحضور.

النزول القانوني: وهو النزول الذي يرتبه القانون كجزاء إجرائي وذلك بسقوط الحق في إبداء الدفع الشكلي دونما اعتبار لإرادة صاحب المصلحة في الدفع,والعبرة من هذا هو اتجاه إرادة المشرع نحو دفع بإجراءات الدعوى إلى الأمام للوصول بها إلى الفصل في النزاع, وبقصد غلق المنافذ في وجه من يريد العرقلة وإضاعة الوقت بإثارة الدفوع الموضوعية حينا ثم الرجوع إلى الخلف بإثارة دفوع شكلية حينا آخر, مما يعيق سير الدعوى.

فمنعا لهذا التماطل سنّ المشرع قاعدة إجرائية ملزمة مفادها وجوب تقديم الدفع الشكلي قبل الدفع الموضوعي[72] كما جاء في نص (م/462 ق أم) بقولها "لا يجوز الدفع بالبطلان أو بعدم صحة الإجراءات من خصم يكون قد أودع مذكرته في الموضوع وكذلك الشأن بالنسبة لعدم إيداع أو عدم تقديم الكفالة المنصوص عليها في المادة 460.

---

[68]- د . عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 40, وانظر في نفس المعنى إلى د. إبراهيم نجيب سعد في المرجع السابق ص 764 و إلى مؤلف د. عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 294 .

[69]- د . عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 297 .

[70]- د . إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 764 .

[71] د . إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 764.

[72]- وهناك من يضيف إلى هذا الترتيب الدفع بعدم قبول ثانيا, وأخيرا الدفع الموضوعي.

وإذا طرأ البطلان أو عدم صحة الإجراءات بعد تقديم المذكرات في الموضوع فلا يجوز إبداء الدفع به إلا قبل أي مناقشة في موضوع الإجراء الذي تناوله البطلان"[73].

الفقرة الثانية: شروط صحة النزول.

حتى يتم النزول عن التمسك بالدفع بالبطلان النسبي صحيحا لا بد أن تتوفر ثلاثة شروط كما يلي: [74]

1- **أن يكون النازل صاحب حق:** يجب أن يصدر النزول من صاحب حق في التمسك بالبطلان, فنزول الغير لا يجدي, و يصح نزول المحامي بصفته وكيلا عن الخصم طالما كان توكيله يبيح له ذلك.

2- **الأهلية :** النازل متخل عن حق لا ناقل له إلى الغير, ومن ثم تكفي لصحة هذا النزول توافر أهلية التقاضي للخصم المتنازل, فإذا لم تتوافر بطل النزول ولم يرتب آثاره القانونية. فالقاصر غير المأذون له بالإدارة ليست له أهلية التقاضي, ومن ثم ليس له أهلية النزول عن الحق, فإذا تنازل عن الحق في البطلان كان تصرفه باطلا لنقص أهليته ولم يرتب آثاره القانونية في زوال البطلان.

3- **الإرادة :** يجب أن تتوافر الإرادة ليصح التنازل سواء كانت صريحة أو ضمنية, ولا تستشف الإرادة الضمنية إذا كان النازل عن الحق جاهلا بأمر العيب الإجرائي, وإذا كانت الإرادة صريحة ورتبت آثارها في زوال البطلان, فلا يجوز إلحاقها بإرادة مغايرة والرجوع في النزول إلى التمسك بالحق في البطلان.

وإذا حدث النزول فلا يشترط قبول الخصم الآخر له ليرتب آثاره القانونية, إذ أن النزول ليس من قبيل الترك المنصوص عليه في (م/97 ق أ م) المعلق على قبول الخصم الآخر له, إذ ليس هناك ضرر يلحقه من جراء النزول بل على العكس من ذلك فالنزول تصرف قانوني محض الفائدة لصالح الطرف الآخر.

الفقرة الثالثة: أثر النزول **[75].**

بحدوث النزول, يزول البطلان ولا يجوز التمسك به بعد ذلك في أي درجة من درجات التقاضي, فإذا زال البطلان صح العمل الإجرائي, ويعتبر ولد صحيحا منذ نشأته بأثر رجعي, وليس من وقت النزول, إذ أن الأصل في الإجراءات الصّحة حتى يثبت العكس.

---

[73]- وبهذا يكون المشرع قد اعتبر التطرق إلى الموضوع واقعه او تصرف مسقط لحق إبداءالدفع الشكلي, ولا يمكن اعتباره تنازل ضمني لعدم إتجاه إرادة الخصم الذي تقرر الدفع الشكلي لصالحه, كما سنتعرض له في شروط صحة النزول. وإلى هذا المعنى أشارت الدكتورة أمينة مصطفى النمر في مؤلفها المشار إليه سابقا عند تطرقها إلى تعريف السقوط بقولها في ص 422:
(السقوط جزاء إجرائي يترتب في حالتي عدم القيام بالإجراءات المطلوبة في المواعيد أو المناسبات المحددة قانونا, ومخالفة الترتيب الزمني المقرر قانونا لبعض الإجراءات,فقد يحدد المشرع ميعادا لإتخاذ الإجراء كالطعن في الأحكام وقد يستوجب المشرع اتخاذ الإجراء في مناسبة معينة كتقديم الطلب العارض قبل قفل باب المرافعة وإبداء الدفع الإجرائي قبل التعرض للموضوع) . وهو نفس المعنى في مؤلف د . إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص 767.

[74] - د . فتحي والي نظرية البطلان, ص 562, نقلا عن مؤلف, د . عبد الحكم فودة المرجع السابق, ص : 297 .

[75]- د . عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 298 .

المطلب الثاني: تصحيح الإجراء الباطل

نتطرق في هذا المطلب إلى التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري في فرع أول, ثم نتناول النطاق الذي يسمح به إجراء التصحيح في فرع ثان, وأخيرا نتعرض إلى سلطة القاضي في إجراء التصحيح وطبيعته في فرع ثالث, على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف التصحيح وحكمه في التشريع الجزائري

الفقرة الأولى: يقصد بالتصحيح إزالة البطلان ليصبح العمل الإجرائي صحيحا, بتخليصه مما يشوبه من نقص أو عيب, فإذا تعلق الأمر بنقص أضيف إليه ما يكمله كتوقيع المحامي على صحيفة الدعوى الخالية منه, وإذا تعلق الأمر بعيب أزيل هذا العيب بعمل جديد يتلافى فيه الخصم هذا العيب, كإعادة إعلان صحيفة الطعن مشتملة على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه[76].

وإزالة البطلان بصفة عامة قد تكون بتحقيق الغاية من الإجراء, عندئذ تنتفي المصلحة في التمسك بالبطلان ويصبح الإجراء صحيحا, وقد تكون بالحضور, إذا كان الغرض من العمل الإجرائي إعلان الخصم بأمر معين ويراد تكليفه بالحضور في زمان ومكان معينين[77].

الفقرة الثانية : حكم التصحيح في التشريع الجزائري.

لقد ورد حكم قاعدة التصحيح في الفقرة الأخيرة من (م / 462 ق أم) بنصها على ما يلي: "وإذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام, فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو بعدم الصحة".

وعليه يكون المشرع قد قصر التصحيح على البطلان النسبي دون البطلان المطلق, وأخضع ذلك إلى سلطة القاضي في منح أجل لتدارك العيب ثم رتّب أثرا رجعيا لإجراء التصحيح, بحيث يعتبر الإجراء صحيحا من يوم إتخاذه.[78]

76- أنظر إلى د . عبد الحكم فودة, المرجع السابق ص 311 , و إلى د . لإبراهيم نجيب سعد المرجع السابق ص : 762 و د. أمينة مصطفى النمر , المرجع السابق, ص : 405 .

77- د. عبد الحكم فودة, المرجع السابق ص 311 .

78- المشرع المصري في حكم المادة 23 مرافعات أصبح يرتب أثر فوري على التصحيح بعد ما كان يرتب أثر رجعي له قبل التعديل, حيث نصت على : " يجوز تصحيح الإجراء ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانونا لاتخاذ الإجراء, فإذا لم يكن للإجراء ميعادا مقرر في القانون حددت المحكمة ميعادا مناسبا لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه " وقارنها مع (م / 115 ق.أ.م) فرنسي التي اشترطت عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر من إجراء التصحيح بنصها :
"La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l’acte si aucune forclusion n’est intervenue si la régularisation ne laisse subsister aucun grief ".

الفرع الثاني: نطاق إجراء التصحيح

يدخل التصحيح ضمن السلطة التقديرية للقاضي[79], يستعملها بمنح أجل للخصوم للقيام به, فإذا كان ينقص عريضة الدعوى توقيع الخصم أو وكيله, جاز للقاضي أن يمنح أجلا للمعني كي يجري التوقيع, فإذا لم يصحح الإجراء في الميعاد المحدد, قضت المحكمة ببطلانه[80].

وإذا كان الأصل أن الذي يقوم بتصحيح الإجراء هو الشخص الذي قام به إلا أنه قد يتم التصحيح ويزول العيب بعمل أو إجراء يقوم به من وجّه إليه الإجراء, كما إذا رفعت الدعوى على قاصر وحضر وصيه وقام بموالاة إجراءاتها [81].

ويجوز التصحيح ولو بعد التمسك بالبطلان, غير أنه يشترط أن يتم ذلك قبل صدور حكم بالبطلان سواء تلقائيا من قبل المحكمة أو بناءا على طلب المتمسك به[82]. وإذا فصل القاضي بالبطلان امتنع إثارة الأمر أمام نفس الجهة مرة أخرى[83].

ومن ناحية, فإن التصحيح يرد على إجراء اتخذ معيبا, ومن ثم لا يرد على إجراء لم يتخذ أصلا, إذ لا يجوز تصحيح الإجراء المنعدم[84].

ويجب أن يقع التصحيح في ذات مرحلة التقاضي التي اتخذ فيها الإجراء المعيب, فإذا كان التصحيح متعذرا أو مستحيلا كما في حالة انتهاء ميعاد الإجراء, فلا يجوز التصحيح ويحكم القاضي بالبطلان إذا توفرت شروطه, وتطبيقا لهذا لا يجوز تصحيح صحيفة الاستئناف الباطلة إذا كان ميعاد الاستئناف قد انقضى[85].

فرع الثالث : سلطة القاضي في إجراء التصحيح وطبيعته

قد يبادر الخصم بتصحيح الإجراء المعيب دون الرجوع إلى المحكمة, كأن يقوم بإعادة إعلان خصمه بتكليف بالحضور بعدما تبين له بطلان الإعلان الأول لإغفال بعض أو كل

[79] - إن المادة 462 ف 4 تجيز للقاضي أن يمنح أجلا للأطراف لتصحيح الإجراءات الخاطئة ولا تجبره على ذلك(قرار المجلس الأعلى رقم 46526 مؤرخ في 14 . 02 . 1988 م ق 1990 . ع 4 ص 92, ويفهم خلاف ذلك من قرار المحكمة العليا رقم 59728 المؤرخ في 30. 4 96 م ق 1992 ع 4 ص 61 . 64).

[80]- الأستاذ بو بشير محند أمقران, المرجع السابق , ص 198 .

[81]-[4]- د أمينة مصطفى النمر, المرجع السابق , ص 447.

[5]- د . عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص 314 .

[6]- [7] - د أمينة مصطفى النمر, المرجع السابق, ص447.

البيانات الواردة في نص (م/13 ق أم), فهنا لا مجال لتدخل القاضي لا سيما إذا كان العيب الإجرائي لا يمس بمصلحة عامة أو تم تدارك الأمر قبل أن يتمسك الخصم الذي وجهت إليه الإجراءات بالبطلان أمام المحكمة.

غير أن الحالة الغالبة في تصحيح الإجراءات, هي تلك التي تتم بأمر المحكمة وفي هذه الحالة يحدد القاضي أجل لتصحيح الإجراء, كأن يمنح أجلا للمدعى من أجل تبليغ المدعى عليه تبليغا صحيحا بعدما تبين له بطلان التبليغ الأول أو أن يمنح أجلا مناسبا للمدعى عليه, الحاضر والمتمسك ببطلان الإعلان لعدم مراعاته مهلة العشرة أيام, الفاصلة بين تاريخ التبليغ وتاريخ الحضور[86].

ولا يعتبر الأمر بتصحيح الإجراء, وتحديد أجل له في حالته, حكما وإنما هو من أعمال الإدارة التي يقوم بها القضاة[87], ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن في الأحكام.

ويفهم من الفقرة الرابعة من المادة 462 ق أ م أن إصدار القاضي الأمر بالتصحيح لا يلزم تقديم طلب بذلك من قبل الخصوم على خلاف التمسك بالبطلان, على اعتبار أن القاضي هو الشخص الأول والأخير الذي يسهر على صحة إجراءات الدعوى المقامة أمامه وبالتالي العمل على حسن سيرها وإماطة الأذى عن طريقها,و كل ما عليه أن يراعيه هو عدم إلحاق ضرر للطرف الآخر بالخصام من جراء التصحيح[88].

وتبعا لذلك يبدو أن المشرع قد منح للقاضي سلطة في تصحيح العيوب الإجرائية تماشيا مع اتجاهه في تقرير دور فعال للقاضي إزاء الخصومة المعروضة عليه, تخفيفا من حدة الشكليات وتحقيقا للغاية من الإجراء[89].

المبحث الثاني : الحكم بالبطلان وآثاره

نتطرق في بداية هذا المبحث إلى سلطة القاضي في الحكم بالبطلان وحجية الحكم الصادر بشأنه في مطلب أول,

ثم نتناول آثار الحكم بالبطلان والإستثناءات الواردة على هذه الآثار في مطلب ثان, كمايلي:

المطلب الأول : الحكم بالبطلان وخصائصه

[86]- أنظر الحكم الصادر عن محكمة سعيدة بتاريخ : 2003/10/28 فهرس رقم : 03/395, والذي جاء في حيثية منه : حيث أنه حتى وإن كان التكليف بالحضور للمدخل في الخصام الأول مخالفا لما هو مقرر في المادة 26 ق أ م, فإن توصل هذا الأخير بدعوى وتأجيل الجلسة لتمكينه من الإطلاع على الملف والجواب, يصحح إجراءات التكليف بالحضور, (الملحق).

[87]- د- أمينة مصطفى النمر, المرجع السابق, ص 406.

[88]- تماشيا مع ما قررته المادة 115 ق أ م الفرنسي التي سبق الإشارة إليها, نظرا لاتفاقها مع المبادئ العامة في الإجراءات.

[89]- د- أمينة مصطفى النمر, المرجع السابق, ص 432.

نتعرض في هذا المطلب أولا إلى سلطة المحكمة بصدد البطلان في فرع أول, ثم إلى الحجية التي يكتسبها الحكم المقرر لبطلان العمل الإجرائي في فرع ثانٍ, كالآتي:

الفرع الأول : سلطة المحكمة بصدد البطلان

المحكمة التي أقيم أمامها دفع بالبطلان ليست ملزمة بالحكم به بالرغم من تحقق أسباب البطلان ما لم يكن متعلقا بالنظام العام, ذلك أن البطلان النسبي يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة للاعتداد به, وإذا كان التمسك به متروكا لتقدير الخصم فكذلك الشأن بالنسبة للحكم, فهو متروك لتقدير المحكمة التي لها أن ترفض الحكم به رغم توافر أسبابه[90].

والجدير بالذكر أنه إذا زالت أسباب البطلان وقت الحكم, بسبب تصحيح الإجراء الباطل أو تنازل الخصم عن التمسك بالبطلان, فإنه لا يجوز للمحكمة رغم ذلك أن تقضي به[91].

والبطلان إما أن يكون في الإجراءات وأما أن يكون في الحكم, كما يأتي:

فقرة أولى : البطلان في الإجراءات

إذا تمسك الخصم ببطلان الأعمال الإجرائية المبتدأة في الخصومة أو المسيرة لها أو المنهية وكان تمسكه سابقا على تناول الموضوع, فللمحكمة أن تقضي في الدفع على استقلال, فقد يغنيها ذلك عن الفصل في الموضوع أو تضم الدفع للموضوع وتقضي فيهما معا.

ويفضّل أن يفصل القاضي في الدفع الإجرائي على استقلال إذا تعلق الدفع ببطلان العريضة الافتتاحية أو عريضة الطعن بالمعارضة أو استئناف أو دفع متعلق بالاختصاص أو دفع ببطلان ورقة الإعلان, اقتصادا للوقت ولصرف الأطراف إلى إعادة إجراءات التقاضي حسبما يقتضيه القانون, مالم يكن تصحيح هذا الخلل الإجرائي ممكنا.

أما إذا قضت المحكمة برفض الدفع بالبطلان واستمرت في نظر الموضوع فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن فيه على استقلال, وعلى المحكمة أن تقضي صراحة في الدفع بالقبول أو بالرفض, لكن إذا قضت في الموضوع دون التعرض للدفع, فإن ذلك يعد رفضا ضمنيا له, غاية ما في الأمر أن تجيب المحكمة على الدفع في أسباب الحكم إحتراما لحق الدفاع[92].

فقرة ثانية : بطلان الحكم

الحكم قد يكون باطلا لعيب في الإجراءات التي سبقت صدوره وقد يكون باطلا لعيب في ذاته, كمايلي:

أولا : بطلان الحكم لعيب في الإجراءات[93]

---

[90]- [2]- [3] د عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص :319

[93]- د عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص321

قد يكون الطعن صحيحا من حيث الشكل والموضوع, ولكنه رغم ذلك يكون باطل لقيامه على إجراءات باطلة. ولمحكمة الطعن سواء كانت محكمة المعارضة في الحالات التي تجوز فيها المعارضة قانونا أو محكمة استئناف أو محكمة نقض أن تلغي الحكم المطعون فيه لبطلان إجراءاته.

ولكن يشترط لإلغاء الحكم توافر عدة شروط, كمايلي:

1- وجود إجراء باطل : **وقد يكون هذا الإجراء صحيفة الدعوى أو صحيفة تعديل طلباتها, أو صحيفة إدخال خصم, أو تقرير خبير باطل, وقد يكون حكم تمهيدي باطل عوّل عليه الحكم المطعون فيه.**

2- ألا يكون قد سقط حق صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان: **يسقط حق صاحب المصلحة في البطلان النسبي إذا تطرق مباشرة إلى الموضوع تاركا الشكل, كما يشترط عدم زوال البطلان واستمرار قيامه حتى الطعن في الحكم, فمثلا إذا كان إعلان صحيفة الدعوى باطلا ولكن حضر المدعى عليه استنادا إليها, فإن حضوره يزيل البطلان.**

3- ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الإجراء : **فإذا قضت المحكمة بصحة الإجراء ثم بنت حكمها المطعون فيه على هذا الإجراء الصحيح امتنع العودة للتمسك بالبطلان من أجل إلغاء الحكم, لأن الحكم في الموضوع يكون قد بني على إجراء صحيح, حتى ولو كان الإجراء في حقيقته باطلا, وأن الحكم بصحته مخالفا للقانون, إذ مجال الطعن عليه في هذه الحالة هو الإستناد إلى الخطأ في تطبيق القانون لا البطلان.**

4- استناد الحكم المطعون فيه على الإجراء الباطل : **فإذا ما أغفل ذلك الإجراء المعيب فلا محل للتمسك بالبطلان كسبب للطعن, فإذا كان تقرير الخبير باطلا, وظل البطلان قائما حتى تاريخ الطعن على الحكم, فإنه رغم ذلك لا يصلح للتمسك به سببا للإلغاء إذا كانت المحكمة لم تعوّل عليه في الحكم.**

5- أن يكون الطاعن هو صاحب المصلحة في البطلان : **لكي يمكن إلغاء الحكم المطعون فيه بسبب البطلان يتعين أن يكون الطاعن هو نفسه, الخصم الذي تضرر من الإجراء الباطل فلا يجوز لمن تسبب في البطلان أن يستند إلى خطئه للاستفادة منه في طلب إلغاء الحكم, إذا كان هذا الإلغاء يحقق له مصلحة , هذا عن البطلان النسبي ,أما البطلان المطلق فللكافة التمسك به وتثيره المحكمة تلقائيا, عندئذ يمكن الإستفادة منه ولو لم يكن هو المتضرر من البطلان.**

ثانيا[94] **: بطلان الحكم لعيب ذاتي**

الأصل أن تصدر الأحكام صحيحة, ومن ثم لا تجوز إعادة النظر فيها أمام نفس المحكمة, أو أمام أي محكمة أخرى إلا عن طريق الطعن فيها, سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية, فإذا كان الحكم لا يقبل الطعن أو انقضت المواعيد دون اتخاذ طريق الطعن المناسب, فإن الحكم يتحصن ويكتسب قوة الشيء المقضي به, ولكن المشرع استثنى من ذلك الأحاكم النهائية الباطلة أو المبنية على إجراءات باطلة, ففتح الطريق للطعن فيها, كمايلي:

1- المعارضة: **يجوز للمعارض في الحكم الغيابي ان يتمسك في صحيفة معارضته ببطلان إجراءات الحكم المعارض فيه أو بطلان الحكم لعيب ذاتي.**

2- الإستئناف : **طبقا للمادة 109 ف1 من ق أ م التي نصت على " إذا ألغي الحكم المستأنف, فيجوز للجهة الإستئنافية التصدي للدعوى متى كانت مهيأة للفصل فيها".**

فإذا تم الطعن في الحكم الإبتدائي بالإستئناف بسبب بطلان الاجراءات أو بسبب عيب ذاتي في الحكم, فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف إذا ما تيقنت من العيب أن تقضي بالبطلان أولا, ثم

94- د عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص323

تتصدى للموضوع ثانيا بالفصل فيه على الوجه الصحيح, وذلك بتلافي أوجه البطلان متى كانت القضية جاهزة لذلك.

ولكن إعادة النظر في موضوع النزاع من محكمة الاستئناف مرهون بسبق الفصل فيه من محكمة الدرجة الأولى, فإذا لم تفصل فيه هذه الأخيرة, فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تفصل في الموضوع, لأن في ذلك تفويت لدرجة من درجات التقاضي التي هي من أهم حقوق الدفاع, مثال ذلك الحكم بعدم القبول أو بعدم الإختصاص الذي يلزم على محكمة الاستئناف عند إلغاء هذا الحكم أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيها من جديد[95].

3- إلتماس إعادة النظر : **ذكرت (م/194 ق أم) ثمانية أوجه للإلتماس, وما يلاحظ على الوجه الأول الذي أقرّ فيه المشرع الإلتماس عند مخالفة الأشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور هذه الأحكام, بشرط أن لا يكون بطلان هذه الإجراءات قد صحّحه الأطراف.**

وفي هذا تلميح صريح من قبل المشرع بإمكانية تصحيح الأشكال الجوهرية المتعلقة بالنظام العام على خلاف ما قرّره في (م/462 ق أم) في فقرتها الأخيرة.

وما يشترط في الطعن بالإلتماس هو أن يكون الحكم نهائيا, فإذا كان الحكم إبتدائيا قابلا للإستئناف, فلا يجوز الطعن فيه بالإلتماس حتى ولو فاتت مواعيد إستئنافه, فطالما أتاح المشرع طريق الطعن العادي, فلايجوز إذا أهمله الخصم أن يلجأ إلى الطريق غير العادي[96].

ولكن لا يشترط أن يكون الحكم النهائي حضوريا, إذ يجوز إلتماس إعادة النظر في الحكم الغيابي ويعتبر أن الملتمس قد نزل بذلك عن الطعن بالمعارضة[97].

وإذا صدر الحكم في الإلتماس, فلا يجوز إلتماس إعادة النظر فيه مرة أخرى, فليس هناك إلتماس في إلتماس[98].

وإذا أثبت الملتمس توافر العيب وأقام الدليل على ذلك عندئذ على القاضي ان يحكم بالبطلان أولا, ثم يتصدى لنظر الموضوع متلافيا الأسباب المؤدية للبطلان ثانيا[99].

4-الطعن بالنقض: **ذكرت (م/233 ق أم) ستة أوجه للنقض, منها ما هو متعلق ببطلان الحكم في ذاته ومنها ما هو متعلق ببطلان الإجراءات, كمايلي:**

أ- بطلان الحكم لعيب ذاتي: يكون للطاعن الحق في الطعن بالنقض في الحكم طالبا إلغاؤه لما شابه من بطلان, ومن هذا القبيل إنعدام أساس القانوني للحكم, وانعدام أو قصور أو تناقض الأسباب.

ب- بطلان الحكم لعيب إجرائي: إذا كان العيب الذي أدى إلى بطلان الحكم راجعا إلى الإجراءات السابقة على صدوره, فقد تكون أسباب شكلية كعدم توافر البيانات اللازمة في صحيفة الاستئناف, وقد تكون أسباب موضوعية, مثل عدم سلامة تمثيل الخصوم تمثيلا قانونيا.

1- ويلاحظ الأستاذ زودة عمر أن العمل بهذا المبدأ في القضاء الجزائري نادرا ما يقع إن لم يكن منعدما , بحيث أصبحت جهات الإستئناف تتصدى لجميع الأحكام المستأنفة بعد إلغائها وكأن التصدي أصبح أمرا وجوبيا و ليس أمرا جوازيا.

[96]- د عبد الحكم فودة , المرجع السابق, ص :324

1-2-3- د عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص: 325.

ويشترط للتمسك بهذه الأسباب من أجل نقض الحكم أن يكون قد سبق التمسك ببطلان هذه الإجراءات أمام محكمة الموضوع ولكن رفضت هذه المحكمة الدفع بالبطلان, أو أن يكون متعلق بالنظام العام.

كما يشترط في الدفع بالبطلان أمام جهة النقض ألا يحتاج بحثه إلى الفصل في مسائل واقع تخرج عن نطاق محكمة النقض.

وإذا تحققت إحدى أسباب النقض المتعلقة بالبطلان, كحالة الخطأ في قواعد الإختصاص فإن محمكة النقض تقضي بالبطلان وعند الإقتضاء تعين المحكمة التي يجب التداعي أمامها بإجراءات جديدة.

أما إذا كان نقض الحكم لسبب مغاير لمخالفة قواعد الإختصاص, فإن محكمة النقض إما أن تتصدى لموضوع الطعن وجوبا فتفصل فيه بنفسها- إذا كان صالحا للفصل فيه أو كان نقضا للمرة الثانية – وإما أن تحيل القضية للجهة التي أصدرته مشكلة تشكيلة مغايرة أو إلى جهة أخرى[100].

الفرع الثاني : خصائص الحكم بالبطلان

لتحديد خصائص الحكم بالبطلان يجب اولا, تكييف الحكم من حيث أنه فاصل في الموضوع, أو فاصل في مسألة فرعية, ثم تحديد طبيعته من حيث انه يقرر مركز قانوني او إجرائي أو منشىء لهما, وأخيرا معرفة نوع ومدى الحجية التي يكتسبها الحكم بالبطلان, كمايلي:

فقرة أولى: **الحكم بالبطلان حكم فرعي له طابع تقريري**

سبق لنا وأن توصلنا إلى أن الدفع بالبطلان يدخل في زمرة الدفوع الشكلية, التي تثار قبل تناول الموضوع. ومن أهم النتائج المترتبة على ذلك, هو أن قبول هذا الدفع ينهي الخصومة ويغني المحكمة عناء البحث في الموضوع الذي رفعت الدعوى من أجله.

وبذلك فإن الحكم بالبطلان المؤسس على قبول دفع شكلي هو حكم يتناول مسألة فرعية متعلقة بعيب إجرائي شاب الخصومة القضائية في أحد أعمالها الإجرائية. والحكم على هذا المنوال يعتبر قضاء قبل الفصل في الموضوع لعدم تطرقه إلى الطلبات والدفوع الموضوعية.

فالحكم القاضي ببطلان العمل الإجرائي يكتسي هذه الخاصية في كونه حكما فرعيا فاصل في مسائل الإجرائية أثيرت أثناء سير الخصومة وتنحصر قوته وآثاره داخل الإجراءات التي صدر فيها[101], هذا من جهة.

4- د عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص 346

[101]- د. أحمد هندي, أصول المحاكمات المدنية والتجارية, ص 334., نقلا عن مذكرة التخرج بعنوان الدفوع الإجرائية و النتائج المترتبة على قبولها , للطالب القاضي قارة شاكر, الدفعة 11 , سنة 2003.

ومن جهة أخرى, فإن قبول الدفع الشكلي المتعلق ببطلان العمل الإجرائي, هو في حقيقة الأمر, حكم كاشف لعيوب هذا العمل التي لازمته منذ بدايتة أو أثناء سير الخصومة أو عند نهايتها. وفي كل هذه الأحوال يكون الحكم بالبطلان حكم لاحق لوجود هذه العيوب, فهو إذن إما أن يقرر وجودها بمعاينته للمخالفة الإجرائية وإما ألا يقرر ذلك عند إنتفاء هذه المخالفة.

فقرة ثانية : **الحكم بالبطلان حكم قطعي لا يحوز الحجية بالنسبة للموضوع**

الأحكام القضائية تصدر بشأن خصومة محددة الأطراف والموضوع والسبب, ولها حجية من حيث هذه العناصر الثلاثة في الإثبات, باعتبارها قرينة بسيطة إذا كان الحكم إبتدائيا وترتقي إلى قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس إذا صار الحكم نهائيا[102].

وهذه القرينة تدل على صحة الوضع القانوني الذي قضى به الحكم في موضوع النزاع. وهو المعنى الذي يعبر عنه بحجية الشيء المحكوم فيه أو المقضي به, فالحكم القضائي له حجة فيما فصل فيه, سواء فصل في موضوع المنازعة, فتكون له هذه الحجية بنسبة للموضوع أو فصل في مسألة فرعية متصلة بالإجراءات الدعوى, فتكون له الحجية في هذه الجزئية فقط.

وهذه الحجية تضفي على الحكم طابع القطعية فيما فصل فيه, لأن الحكم في هذه الأحوال تعبير عن انتهاء حق الدعوى بشأن موضوع النزاع, فإذا كان الحكم قابلا للطعن بطرق العادية كانت حجيته مؤقتة إلا أن يصير نهائيا باستنفاذ هذه الطعون أو فوات مواعيدها فتصبح هذه الحجية نهائية و التي يعبر عنها بقوة الشيء المقضي به.

وإذا استنفذت طرق الطعن غير العادية أو فاتت مواعيدها, صار الحكم باتا ومحصنا من أي عيب يمس عناصره الموضوعية أو الإجرائية.

ومادام الحكم القاضي ببطلان العمل الإجرائي قد فصل في منازعة فرعية يتعلق موضوعها بالإجراءات, فإنه يعتبر بذلك حكما قطعيا, ذلك أن الحكم القطعي لا يشترط فيه أن يفصل في النزاع بجملته, بل يكفي أن يضع حدا له في بعض أجزاء الدعوى أو الطلبات المقدمة فيها, أو الدفوع أو المسائل الفرعية[103].

وعليه فإن هذا الحكم يعتبر حاسما لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته[104]. ومع ذلك فالحكم ببطلان الإجراء لا يمنع من إعادة اتخاذه مصححا ما لم يكن الميعاد المقرر قد انقضى[105].

وعليه فيجوز لمن أبطلت دعواه نتيجة لدفع شكلي متعلق لعيب إجرائي أن يعيد رفعها بعد إصلاح الإجراء المعيب أمام نفس المحكمة دون أن يحتج عليه بسبق الفصل ما لم يسقط الحق في الدعوى بالتقادم.

ومن أهم النتائج المترتبة على اعتبار الحكم بالبطلان حكم قطعي, أنه يجوز استئنافه طبقا (م/106 ق أم), وعلى محكمة الإستئناف ان تتقيد بحدود ما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى و المسألة التي رفع بشأنها الطعن, تماشيا مع مبدأ الأثر الناقل للاستئناف, حيث ينتقل النزاع من درجة إلى أخرى كما هو, دون زيادة أو نقصان, فإذا قضت جهة الاستئناف بقبول الاستئناف

102- أنظر إلى المادة م/338 ق م , في تعريف الحجية.

103- د. عبد الوهاب العشماوي, محمد العشماوي, قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن, ص 656, نقلا عن المذكرة في المرجع السابق.

104- المستشار أنور طلبة, موسوعة المرافعات المدنية والتجارية, ج3, ص 311, نقلا عن المذكرة في المرجع السابق.

105- د. مصطفى أمينة النمر, المرجع السابق, ص 418.

وألغت الحكم الذي قضى بالبطلان تعين عليها إرجاع القضية إلى المحكمة لتفصل في الموضوع استنفاذا لولايتها فيه بعد أن كانت محتجبة عنها بسبب الحكم الذي قضى بقبول الدفع الشكلي المتعلق بالبطلان. وهذا احتراما وتطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين.

غير انه تسهيلا لإجراءات التقاضي وربحا للوقت أجاز المشرع في (م/109 ق أم) لجهة الاستئناف الفصل في الموضوع إذا كانت القضية جاهزة لذلك خروجا على المبدأ وذلك بتصدّيها للموضوع وتفصل في القضية برمّتها, كل ما في الأمر هو ان تراعي جهة الاستئناف مناقشة الخصوم لموضوع الدعوى أمامها مع تقديم طلباتهم النهائية بما يكفل لهم الحق في الدفاع.

ويعتبر حق التصدّي للموضوع من قبل جهة الاستئناف مسألة خاضعة لسلطتها التقديرية, فلا معقب عليها من قبل المحكمة العليا, فلها أن تستعمل هذه الرخصة أو لا تستعملها, فقد ترى رغم أن القضية مهيأة للفصل فيها, أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى احتراما لمبدأ التقاضي على درجتين.[106]

المطلب الثاني : آثار الحكم بالبطلان

يلاحظ بداية أن البطلان – سواء تعلق بالبطلان النسبي أو البطلان المطلق – لا ينتج أثره إلا إذا قرره القضاء وحتى يتم ذلك يظل العمل ولو كان معيبا منتجا لكافة آثاره باعتباره عملا صحيحا, فإذا تقرر بطلانه بحكم القضاء اعتبر باطلا منذ إجرائه لا منذ الحكم بالبطلان وأنتج البطلان آثاره من ذلك التاريخ لا من تاريخ الحكم.[107]

وإذا قضي ببطلان العمل الإجرائي فقد أثره القانوني وامتد هذا الأثر إلى الإجراءات اللاحقة عليه إذا كانت مرتبطة به. ومع هذا فإن الحكم بالبطلان في بعض الحالات لا يعدم العمل الإجرائي كلية, فيمكن الإفادة منه إذا كان مركبا, فيبطل الجزء المعيب ويعمل بالجزء الباقي, كما يمكن رغم الحكم ببطلان عمل إجرائي ما اعتباره صحيحا إذا ما توافرت فيه شروط عمل اجرائي آخر صحيح.

هذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين, حيث نتناول في الأول منهما إلى القاعدة العامة في آثار البطلان, وفي الفرع الثاني, نتعرض للإستثناءات الواردة على هذه الآثار, كمايلي:

الفرع الأول : القاعدة العامة

الغريب في نص المادة 462 ق أ م باعتبارها المادة الوحيدة التي تناولت موضوع بطلان العمل الإجرائي أنها تكلّمت على حالة تصحيح الإجراء المعيب وأثره دون أن تشير إلى آثار البطلان وكأن المشرع الجزائري تناول الفرع و أهمل الأصل.[108]

وتماشيا مع القاعدة العامة في ترتيب آثار البطلان التي تقرر أنه كل ما بنى على باطل فهو باطل, بمعنى أن الإجراء الباطل يستتبع بطلان الإجراءات اللاحقة عليه إذا كانت مرتبطة به.

106- الأستاذ زودة عمر , المرجع السابق.

107- د. عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص46

108- المشرع المصري تناول آثار الحكم بالبطلان في (م/24 ق م) من قانون المرافعات بنصه: " لا يترتب على بطلان الإجراء, بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه".

فالأصل أن الحكم بالبطلان لا يؤدي إلى بطلان الأعمال الإجرائية اللاحقة التي تمّت صحيحة في ذاتها, فبطلان الحكم لا يعني بطلان إعلانه الذي تمّ صحيحا في ذاته, وبطلان الصحيفة لا يؤدي إلى بطلان ترك الخصومة والحكم الصادر بقبول الترك.[109]

وباعتبار الخصومة وحدة تتميز بالحركة بمعنى أن الأعمال المكونة لها تتابع زمنيا, أي أن القيام بعمل إجرائي من آثاره إفتراض عمل لاحق مرتبط به حتى إنقضاء الخصومة, فالعمل الإجرائي هو حلقة من حلقات التسلسل القانوني للخصومة. ويبدو منطقيا أن يترتب على بطلان عمل, بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به, في حين أن هذا البطلان لا يؤثر في الأعمال السابقة عليه.[110]

ومن ثم فإن بطلان صحيفة الدعوى يستتبع بطلان الحكم الصادر في موضوعها وبطلان الحكم الإبتدائي يؤدي إلى بطلان الحكم الإستئنافي الذي قضى بتأيده وبطلان إجراءات الحجز يستتبع بطلان المال المحجوز.

ومن الواضح أن الأعمال الإجرائية السابقة على العمل الإجرائي المعيب لا تتأثر ببطلان هذا الأخير إذا كانت صحيحة في ذاتها ولأنها مستقلة عنه, وينبني على ذلك أن بطلان إعلان الصحيفة لا يبطل الصحيفة ذاتها بدليل أنه يجوز إعادة إعلان نفس الصحيفة بشرط أن يتم الإعلان في الميعاد.

ويقتصر أثر الحكم ببطلان الإجراء على المتمسك به, ومع هذا فآثار الحكم بالبطلان قد يمتد إلى الغير ويستفيد منه رغم عدم التمسك به, كما هو الشأن في حالات عدم التجزئة.[111]

---

[109]- د- عبد الحكم فودة, المرجع السابق , ص 355

[110]- د- إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص : 758, 759.

ويلاحظ د- عبد الحميد الشواربي في تعليقه على(م/24) قانون المرافعات المصري .أن عبارة " مبنية عليه" الوارد ذكرها في هذه المادة لا تعني مجرد الإرتباط المنطقي, بل يجب وجود ارتباط قانوني بين العملين, حيث يعتبر العمل السابق الذي بطل شرطا لصحة العمل اللاحق عليه, المرجع السابق, ص 48.

[111]- د. مصطفى أمينة النمر, مرجع السابق , ص : 430 .

أنظر إلى الحكم الصادر عن محكمة سعيدة بتاريخ : 2003/10/28 فهرس رقم : 03/395 حيث جاء في حيثية منه : حيث أن المدعي لم يستدع باقي الأطراف للمثول أمام المحكمة فإن الخصومة الحالية تعتبر غير منعقدة, الأمر الذي يتعين معه رفض الدعوى شكلا. (أنظر إلى الحكم في الملحق).

الفرع الثاني : الإستثناءات

هذه الإستثناءات نستمدها من أحكام قواعد القانون المدني المتعلقة بتحول وانتقاص العقد[112] , الباطل[113], كما أشرنا إليه سابقا, نظرا لعدم النص عليها في قانون الإجراءات المدنية , حيث يمكن إسقاط هذه القواعد العامة على العمل الإجرائي مع شيء من التمييز, كمايلي:

فقرة أولى : **تحوّل العمل الإجرائي**

التحول هو تكييف جديد للعناصر غير المعيبة في الإجراء الباطل, فإذا توافرت فيه عناصر إجراء آخر وجب الإعتداد بهذا الإجراء الآخر[114].

ويشترط لصحة التحول أن يكون هناك بطلان في العمل الإجرائي, فلا مجال لتحول إجراء صحيح إلى إجراء آخر ولو كان ذلك في مصلحة الخصم صاحب المصلحة[115].

ولا يشترط إتجاه الإرادة المحتملة إلى العمل الإجرائي الآخر, فإذا كان هذا الشرط مطلوبا بالنسبة للتصرفات القانونية فهو ليس بمطلوب بالنسبة للأعمال الإجرائية, ومن ثم يتحول العمل الإجرائي إلى عمل آخر ولو لم تتجه إليه أصلا إرادة صاحب المصلحة. ولكن لا يستطيع القاضي أن يجري هذا التحول بالنسبة إلى البطلان النسبي تلقائيا, بل يجب أن يتمسك به الخصم صاحب المصلحة في العمل الإجرائي. أما البطلان المتعلق بالنظام العام, فإنه يمكن للقاضي الأخذ بالإجراء الآخر ولو لم يتمسك به الخصم[116].

ومن تطبيقات تحول العمل الإجرائي, تحول الصلح غير الموثق أمام المحكمة إلى مجرد الرغبة في ترك الخصومة إذا رجع أحد الطرفين عن الصلح وتحول حلف اليمين الحاسمة الذي وقع باطلا إلى إقرار قضائي صحيح.

ويختلف تحول الإجراء الباطل إلى الإجراء الذي يتضمنه هذا الإجراء عن تصحيح الإجراء, في أنه لا يلزم أن يكون هذا التحوّل قبل الحكم بالبطلان, أي أنه يتم ولو صدر الحكم ببطلان الإجراء[117].

الفقرة الثانية : **إنتقاص العمل الإجرائي**

إنتقاص العمل الإجرائي يعني استبعاد الجزء الباطل من العمل لينتج الجزء الباقي آثاره القانونية, فإذا ثبت أن لا حياة للجزء الباقي بدون الجزء الباطل بطل العمل كله, فالهدف من الإنتقاص هو إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العمل الإجرائي الباطل, فما لا يدرك كله لا يترك جله[118].

---

[112]- نصت (م/104 ق م) على : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال, فهذا الشق وحده الذي يبطل, إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا, أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله".
نصت (م/105 ق م) على : " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه, إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

[113]- المشرع المصري, تناول موضوع إنتقاص وتحول العمل الإجرائي في م/24 مرافعات بنصه على : " إذا كان الإجراء باطلا وتوفرت فيه عناصر إجراءات أخرى فإنه يكون صحيحا باعتباره الإجراء الذي توفرت عناصره. وإذا كان الإجراء باطلا في شق منه فإن هذا الشق وحده الذي يبطل ".

[114]- د. إبراهيم نجيب سعد, المرجع السابق, ص : 760.

[115]-5- د. عبد الحكم فودة, المرجع السابق, ص : 347.

[117]- د. مصطفى أمينة النمر, المرجع السابق, ص : 443.

[118]- د.عبد الحكم فودة , المرجع السابق, ص 349.

ومؤدى ذلك أن الإنتقاص لا يرد إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الإنقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الإنقسام, فتعيب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي كله.[119]

كما لا يشترط توافر النية الإحتمالية لإجراء الإنتقاص, إذ انه يتحقق رغم عدم توافرها, إسوة بتحول العمل الإجرائي.

غير أنه يشترط أن يتمسك الخصم صاحب المصلحة بهذا الإنتقاص ليعتد به القاضي, فإذا أغفله حكم القاضي بالبطلان, ذلك أن الإنتقاص مقرر لمصلحة صاحب الإجراء فعليه التمسك به, أما إذا كان البطلان مطلقا متعلقا بالنظام العام فعلى القاضي أن ينتقص الجزء الباطل من تلقاء نفسه ويرتب على الجزء الباقي آثاره القانونية.[120]

ومن تطبيقات إنتقاص العمل الإجرائي, حالة الإعتداد بالإعلان الصحيح بالنسبة للبعض وإهدار الإعلان بالنسبة للباقين لبطلانه وبطلان تقرير الخبير في شق منه وصحته في الشق الأخر.

---

[119]- د.عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 48, 49.
[120]- د. عبد الحكم فودة, المرجع السابق,ص 350.

الخلاصـــة:

نخلص في نهاية هذا البحث المتواضع عن موضوع بطلان العمل الإجرائي على ضوء الفقه و القضاء إلى أن الأعمال الإجرائية المنظمة بموجب قواعد إجرائية وإن اتسمت في مجملها بالإلزام تفرض إعمال جزاء البطلان عند مخالفتها,إلا أننا يجب في المقابل ألا نغفل اعتبار الأعمال الإجرائية وسيلة وضعت لصالح المتقاضين يمارسونها تحت رقابة القضاة من أجل السير الحسن في إجراءات الخصومة بما يكفل وضع الأطراف المتخاصمة على قدم المساواة أمام القضاء في الدفاع عن حقوقهم, لا سيما في احترام مبدأ المواجهة ومبدأ التقاضي على درجتين و حق الطعن مع التقيد بالمواعيد القانونية التي تضبط مدد مباشرة هذه الأعمال و لإنهاء المنازعات في آجال معقولة.

هذه النتيجة, هي ما نسميه بالغاية التشريعية التي يجب أن ترمي إليها القواعد الإجرائية وذلك بجعل الإجراءات وسيلة فعالة لفض النزاعات لا غاية في ذاتها ,فتصبح تلعب دور معاكس للدور الذي وضعت من أجله ,فتهدر حقوق الأفراد الموضوعية لمخالفة أبسط المقتضيات الشكلية و الموضوعية للعمل الإجرائي,خاصة إذا كانت هذه المخالفات قابلة للتصحيح,سواء كان ذلك بمبادرة من أحد الأشخاص المشاركين في الإجراءات أو بفعل أعمال مادية تؤدي إلى إزالة الضرر الإجرائي و ذلك بتحقق الغاية من الإجراء رغم مخالفة الأوضاع الإجرائية القانونية ,ما لم تكن هذه المخالفات تتنافى مع الغاية التشريعية المتوخاة من العمل الإجرائي في ذاته .

هذا ما توصل إليه الفقه و القضاء و استقر عليه التشريع الحديث بعد عهد طويل من الممارسة القضائية و الإجتهاد الفقهي.

و هنا نسجل عدم مسايرة تشريعنا فيما يخص موضوع البطلان الإجرائي لهذا التطور التشريعي ونلاحظ ذلك من خلال شح النصوص القانونية في هذا الباب ,ذلك أنه لا يعقل معالجة موضوع بهذا الحجم و القدر من الأهمية بمادة يتيمة في قانون الإجراءات المدنية .

هذا الفراغ القانوني خلق تذبذبا في الأحكام والقرارات القضائية ,فلا النصوص متوفرة و لا الإجتهاد القضائي استطاع أن يستقر على مبادئ ثابتة تبلور نظرية شاملة بشأن نظام البطلان الإجرائي .

و مما زاد في تخلف تشريعنا عن مواكبة التطور التشريعي في هذا الجانب, هو عدم إجازته لتصحيح البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام, مخالفا بذلك المبدأ الإجرائي الذي يعتبر الإجراءات مجرد وسيلة لضمان الحقوق الإجرائية للخصوم و ضمان السير الحسن لمرفق القضاء, فلئن كان الحكم المقرر للبطلان لا يحوز الحجية بالنسبة للموضوع بما يسمح من إعادة رفع الدعوى من جديد باجراءات مصححة و دون أن يجابه بدفع سبق الفصل من قبل

الخصم الآخر, فلماذا لا يسمح بتصحيح هذه الإجراءات المعيبة أثناء سير الدعوى ؟, أليس في ذلك تسهيلا للمتقاضين في حماية مراكزهم القانونية و تحسينا للآداء القضائي في الوقت ذاته و ذلك بإنهاء المنازعات عند أول مرة وتفادي إعادة طرحها من جديد على القضاء مع ما في ذلك من إضاعة للوقت و الجهد و المال .

وعليه , نخلص إلى القول أنه , إذا كان من الممكن إعادة رفع دعوى مبتدأة صدر بشأنها حكم بالبطلان , فمن باب أولى ترك مجال تصحيح الإجراء المعيب أثناء سير الخصومة حتّى وإن كان العيب متعلق بالنظام العام .

على كل حال , هذه ليست المسألة الوحيدة التي لم يساير فيها المشرع الجزائري التطور الحاصل في موضوع الدفوع الإجرائية , ذلك أن المادة 338 من القانون المدني تقف حجرة عثرة أمام القضاة في تطبيق الدفع بسبق الفصل نظرا لاعتباره من الدفوع المقررة لمصلحة الخصوم لايجوز للقضاة إثارتها تلقائيا .

فنتيجة لهذا وذاك , نجد أنفسنا في حاجة ماسة إلى مراجعة قواعد قانون الإجرائية المدنية في العديد من الأحكام لا سيما في جانب موضوع البطلان الإجرائي الذي أهمله المشرع إهمالا يكاد يكون كليا.

وفي هذا المقام نشير إلى إمكانية اقتباس هذه الأحكام من التشريعات المقارنة لا سيما من التشريعين المصري و الفرنسي نظرا لبساطتهما و وضوحهما. وذلك بتخصيص باب مستقل في قانون الإجراءات المدنية يتناول هذا الموضوع مناولة شاملة, بدءا من المعيار المعتمد في إعمال جزاء البطلان إلى طرق التمسك به و زوال الحق فيه وصور التصحيح و مواعيده إلى انتقاص و تحول العمل الإجرائي و انتهاءا إلى الحكم بالبطلان و آثاره.

هذا العمل الذي يعد أكثر من ضرورة من شأنه أن يوّحد من العمل القضائي في هذا الجانب الهام من أحكامنا القضائية التي يغلب عليها التذبذب و عدم التأسيس.